

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

n° 259.905 du 29 mai 2024

A. 241.885/VI-22.818

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 VLASSENBOECK, avocats,
Avenue Louise 99
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 9 mai 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. : 2024/011) » et, d'autre part, l'annulation de cette décision.

II. Procédure

Par une ordonnance du 14 mai 2024, l'affaire a été fixée à l'audience du 23 mai 2024.

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, président de chambre, a exposé son rapport.

M^e Cyrille Dony, avocat, et M. A.P. comparaisant pour la partie requérante, M^{es} Barteld Schutyser et Gauthier Vlassenbroeck, avocats, comparaisant 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

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

« 1. En 2022, la Chancellerie a attribué un marché “pour l'organisation et la communication relatives à l'apéritif national et au concert à l'occasion de la fête nationale du 21 juillet 2022 à Bruxelles”, régi par le cahier des charges n° 2022/004 (voir la pièce 41 du dossier de pièces de [la requérante, ci-après désignée STL]) et qui prévoyait, pour la première fois, l'organisation d'un spectacle musical au parc du Cinquantenaire avec un public large présent sur place. Il s'agit du premier marché présentant des similitudes avec le marché en cause). Ce marché prévoyait également la retransmission en direct d'une partie de l'évènement.

Ce marché a été attribué à la SA Verhulst and Friends (ci-après : Verhulst and Friends). STL était un sous-traitant de Verhulst and Friends.

2 En 2023, la Chancellerie a attribué un marché portant sur “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'évènement”.

Ce marché a fait l'objet de deux procédures de passation distinctes.

- Une première procédure de passation a été lancée mi-février 2023, régie par le cahier des charges n° 2023/003 (pièce 1a). Trois soumissionnaires ont remis une offre : STL, la SRL Alice Events (ci-après : Alice Events) et Verhulst and

Friends. Le 19 avril 2023, la Chancellerie, au terme d'un examen approfondi des offres, a constaté que l'offre de STL ne pouvait être sélectionnée et que les offres de Alice Events et de Verhulst and Friends étaient substantiellement irrégulières. La Chancellerie a décidé d'arrêter la procédure de passation et de ne pas attribuer le marché (pièce 1b).

- Une seconde procédure de passation est lancée fin avril 2023, régie par le cahier des charges n° 2023/014 (pièce 2a). Les mêmes soumissionnaires ont remis une offre. Le 25 mai 2023, la Chancellerie a décidé d'attribuer le marché à Alice Events (pièce 2c).

Le 31 mai 2023, par requête unique, STL a demandé la suspension et l'annulation de la décision de la Chancellerie du 25 mai 2023 devant Votre Conseil. Le 9 juin 2023, Votre Conseil a, sur avis conforme de Monsieur le Premier Auditeur, rejeté la demande en suspension par arrêt du 9 juin 2023 (pièce 2d). La notification du marché a ensuite été notifiée à Alice Events. Le 27 novembre 2023, Votre Conseil a constaté que STL était présumée légalement se désister de son recours, et a décrété le désistement d'instance (pièce 2e).

STL a introduit une demande de dommages-et-intérêts devant le Tribunal de première instance francophone de Bruxelles en raison de prétendues irrégularités lors de la passation du marché en 2023. Cette procédure est actuellement pendante.

3. Début 2024, la Chancellerie a décidé, pour l'organisation des festivités du 21 juillet 2024, du 21 juillet 2025 et du 21 juillet 2026, de lancer une procédure de passation pour un marché public de services "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".

Les festivités du 21 juillet 2024 sont la tranche fixe du marché. Les festivités du 21 juillet 2025 et du 21 juillet 2026 sont les tranches conditionnelles du marché.

La procédure de passation du marché est régie par le cahier des charges n° 2023/028, dont la version initiale a été publiée le 4 mars 2024 (pièce 3j) et est accompagnée de l'avis de publication au Bulletin des Adjudications (pièce 3k). Une version modifiée a été publiée le 15 mars 2024 (pièce 3l), accompagnée de l'avis de publication au Bulletin des Adjudications (pièce 3m).

4. Considérant que le cahier des charges n° 2023/028 l'empêcherait de participer à la procédure de passation et serait affecté de plusieurs illégalités, STL a décidé d'introduire un recours en annulation avec demande de suspension selon la procédure d'extrême-urgence devant Votre Conseil. La procédure devant Votre Conseil s'est déroulée de la manière suivante :

- Le 19 mars 2024, STL a déposé sa requête (pièce 3r).
- Le 29 mars 2024, la Chancellerie a déposé sa note d'observations (pièce 3s).
- Le 4 avril 2024, la Chancellerie a déposé une note complémentaire, afin d'informer Votre Conseil et STL que deux offres avaient été déposées dans le cadre du marché (pièce 3t).
- Le 8 avril 2024, les parties ont été entendues. Au cours de cette audience, plus d'une semaine après la communication de la note d'observations, STL a indiqué contester la confidentialité des pièces déposées.
- Le 9 avril 2024, Votre Conseil a rendu un arrêt levant la confidentialité d'une série de pièces mais autorisant l'anonymisation des pièces (pièce 3u).

- Le 12 avril 2024, la Chancellerie a déposé les pièces dont la confidentialité a été levée en les anonymisant.
- Le 15 avril 2024, STL a déposé une note complémentaire (pièce 3v).
- Le 17 avril 2024, la Chancellerie a déposé une note complémentaire en réplique (pièce 3w).
- Le 19 avril 2024, la Chancellerie a déposé de nouvelles pièces, à la demande de Monsieur l'Auditeur adjoint, accompagnées d'une note permettant de comprendre la chronologie du dossier (pièce 3x).
- Le 22 avril 2024, les parties ont été entendues.
- Le 26 avril 2024, Votre Conseil a décidé de suspendre l'exécution de la décision de la Chancellerie d'approuver le cahier des charges n° 2023/028 (pièce 3y).

5. En raison du recours de STL et de l'arrêt de Votre Conseil, la Chancellerie a dû agir rapidement afin de faire en sorte que les festivités du 21 juillet 2024 puissent tout de même avoir lieu. Une semaine seulement après l'arrêt, le 2 mai 2024, la Chancellerie a renoncé à l'attribution du marché en cause et a lancé une nouvelle procédure de passation, sur la base du cahier des charges n° 2024/011, et ce afin de tenir compte de l'arrêt de Votre Conseil.

Il s'agit à nouveau d'un marché avec une tranche fixe et deux tranches conditionnelles, mais où la justification des critères de sélection a été communiquée dès l'entame de la procédure administrative. La loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics (ci-après : la loi du 17 juin 2016) et l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques (ci-après : l'arrêté du 18 avril 2017) sont d'application à la passation du marché.

La procédure administrative s'est déroulée de la manière suivante :

- Le 30 avril 2024, la Chancellerie a adapté le projet de cahier des charges et a adressé une note à l'Inspection des Finances, comprenant en annexe le procès-verbal d'ouverture des offres, l'arrêt de Votre Conseil, une proposition de décision de non-attribution du marché n° 2023/028, et un projet de cahier des charges n° 2024/011 (pièce 4c).
- Le même jour, l'Inspection des Finances a demandé à la Chancellerie une preuve écrite de la validation de son conseil concernant la motivation des critères de sélection, le projet de cahier spécial des charges remanié et la motivation concernant le recours au délai de publicité réduit pour le lancement de la nouvelle procédure.

Par retour d'e-mail, la Chancellerie a présenté cette preuve dans laquelle son conseil a suggéré un petit ajout dans le dossier administratif (pièce 4c).

- L'Inspection des Finances a émis son avis favorable le même jour (pièce 4b).
- Le 2 mai 2024, la Chancellerie a envoyé l'avis de marché au Bulletin des Adjudications (pièce 4d) et le cahier des charges n° 2024/011 (pièce 4e). Le 6 mai 2024, l'avis de marché a été rendu visible par la plateforme eProcurement.
- Le 8 mai 2024, une question a été posée sur le forum eProcurement. La Chancellerie y a répondu le 14 mai 2024 (pièce 4f) ».

IV. Premier moyen

IV.1. Thèse de la requérante

La requérante soulève un premier moyen, « pris de la violation des articles 4, 5, 37 et 41 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ; la violation des principes d'égalité de traitement entre soumissionnaires et de mise en concurrence ; l'erreur manifeste d'appréciation ; [et] l'excès de pouvoir », « [e]n ce que la partie adverse a prévu un délai de remise des offres particulièrement court de 15 jours seulement, à savoir un délai inférieur au délai minimal de 22 jours prévu par l'article 41 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ; [q]ue ce délai réduit a été justifié par la partie adverse en raison des “différentes étapes de la procédure administrative qui doivent encore être réalisées d'ici le 21 juillet 2024” ; [q]u'en prévoyant un tel délai, les soumissionnaires ayant déjà participé au précédent marché seront nécessairement avantagés dès lors qu'ils pourront déposer une offre identique à celle déjà remise en disposant même d'un délai supplémentaire de 15 jours pour encore l'améliorer », « [a]lors que la justification fournie par la partie adverse ne peut aucunement être acceptée pour justifier la réduction du délai minimal de remise des offres dès lors que la situation évoquée n'est pas “dûment justifiée” au sens de l'article 37, § 4, de la loi du 17 juin 2016 dans la mesure où la partie adverse n'expose pas les “différentes étapes de la procédure administrative qui doivent encore être réalisées d'ici le 21 juillet 2024” ainsi que les délais de ces étapes, lesquels auraient empêché de prévoir un délai de remise des offres de 22 jours ; rien ne justifie qu'un délai aussi court soit imposé pour les éditions 2025 et 2026 de l'événement qui, elles, auraient pu faire l'objet d'un marché distinct respectant le délai minimal de remise des offres ; la partie adverse est la seule et unique responsable de la situation d'urgence dans laquelle elle se trouve aujourd'hui ; [q]ue le délai de remise des offres prévu dans le cadre du marché litigieux méconnaît dès lors les articles 4, 5, 37 et 41 de la loi du 17 juin 2016 et constitue une entrave sérieuse et injustifiée à la concurrence ».

Le moyen fait l'objet de développements, qui n'ont toutefois pas été résumés conformément à ce que prescrit l'article 2, § 1^{er}, du Règlement général de procédure, rendu applicable à la procédure de référé d'extrême urgence par l'article 16, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'État.

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

Le premier moyen critique le délai de remise des offres, qui est inférieur à vingt-deux jours. La requérante soutient que la partie adverse a limité ce délai à quinze jours, sans justifier à suffisance de la situation d'urgence qu'exige l'article 37, § 4, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics. Le moyen s'articule en plusieurs griefs, mettant en cause cette situation d'urgence dont – selon la requérante – l'invocation, par la partie adverse, est attestée par la mention suivante du cahier spécial des charges :

« Les différentes étapes de la procédure administrative qui doivent encore être réalisées d'ici le 21 juillet 2024 justifient de même le recours au délai de réception des offres réduit visé à l'article 37 de loi du 17 juin 2016 ».

L'article 41, qui régit le recours à la procédure négociée avec publication préalable, se lit comme suit au deuxième alinéa de son deuxième paragraphe :

« Le délai minimal de réception des offres est de vingt-deux jours à compter de la date de l'envoi de l'avis de marché. L'article 37, §§ 3 à 5, est d'application ».

L'article 37, §§ 3 à 5, de cette même loi, auquel ces dispositions renvoient, est libellé comme suit :

« § 3. Dans le cas où le pouvoir adjudicateur a publié un avis de préinformation le délai minimal de réception des offres visé au paragraphe 2, alinéa 2, peut être ramené à dix jours, à condition que toutes les conditions suivantes soient réunies :

1° l'avis de préinformation contenait toutes les informations fixées par le Roi, dans la mesure où celles-ci étaient disponibles au moment de la publication de l'avis de préinformation ;

2° l'avis de préinformation a été envoyé pour publication de trente-cinq jours à douze mois avant la date d'envoi de l'avis de marché.

§ 4. Lorsqu'une situation d'urgence, dûment justifiée par le pouvoir adjudicateur, rend les délais minimaux prévus au présent article impossibles à respecter, ceux-ci peuvent fixer :

1° pour la réception des demandes de participation, un délai qui ne peut être inférieur à quinze jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché ;

2° pour la réception des offres, un délai qui ne peut être inférieur à dix jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.

§ 5. Le pouvoir adjudicateur peut réduire de cinq jours le délai de réception des offres prévu au paragraphe 2, alinéa 2, si les offres sont soumises par voie électronique conformément aux règles relatives aux plateformes électroniques prises par et en vertu de l'article 14, § 1^{er}, alinéa 2, et §§ 5 à 7 ».

En l'espèce, l'avis de marché a été envoyé le 2 mai 2024 ; il fixe au 21 mai 2024, à 10 heures, la date limite de réception des offres. Il s'ensuit que le moyen, qui – ayant égard à la date de publication de cet avis et du cahier spécial des charges, soit le 6 mai 2014 – soutient que le délai avait été réduit à quinze jours, procède d'une affirmation inexacte en fait et erronée en droit.

Il ressort, par ailleurs, du cahier spécial des charges que les offres devaient être soumises par voie électronique, conformément aux dispositions que vise l'article 37, § 5, précité. En vertu de celui-ci, le pouvoir adjudicateur peut réduire de cinq jours le délai de réception des offres de vingt-deux jours, de sorte qu'un délai qui, comme en l'espèce, est supérieur à dix-sept jours est légalement justifié au regard de cet article 37, § 5, dont l'application n'est – à la différence de l'hypothèse visée à l'article 37, § 4, – pas subordonnée à la justification d'une situation d'urgence.

Dans ces circonstances, il n'y a pas lieu d'examiner les griefs qui, sous différents aspects, mettent en cause une situation d'urgence invoquée dans certaines pièces de la procédure. À supposer, en effet, que l'une des illégalités qu'ils allèguent serait, *prima facie*, avérée, la décision fixant la date limite de dépôt des offres resterait, en toute hypothèse, légalement justifiée, et ce au regard de l'article 37, § 5, précité. La requérante n'a donc pas intérêt à ces différents griefs.

Le premier moyen ne peut être déclaré sérieux.

V. Deuxième moyen

V.1. Thèse de la requérante

La requérante soulève un deuxième moyen, « pris de la violation de l'autorité de chose jugée attachée à l'arrêt n° 259.655 du 26 avril 2024 [du Conseil d'État], ainsi que des articles 24 à 27 du Code judiciaire ; la violation des articles 4, 5, 71 et 78 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ; 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 ; la violation des principes de bonne administration, d'égalité de traitement entre soumissionnaires et de mise en concurrence ; l'erreur manifeste d'appréciation ; l'excès de pouvoir », « [e]n ce que [première branche] la partie adverse a adopté un nouveau cahier spécial des charges en conservant exactement le même niveau d'exigence pour le critère de sélection relatif aux moyens financiers du soumissionnaire que lors du précédent marché », « [a]lors qu'aux termes de son arrêt n° 259.655 du 26 avril 2024, [le Conseil d'État] a pourtant jugé qu'[i]l 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 [pour le critère de sélection relatif aux moyens financiers du soumissionnaire] ne constituent, *prima facie*, pas une justification admissible de celui-ci, qui trouverait appui dans les documents du marché ou le dossier administratif ; que [le Conseil d’État] a ainsi ordonné la suspension de l’exécution de la décision de la partie adverse d’approuver le cahier spécial des charges relatif au premier marché relatif aux festivités du 21 juillet pour les années 2024, 2025 et 2026 ; [q]ue l’autorité de chose jugée se rapporte au dispositif de l’arrêt ainsi qu’aux motifs qui en constituent le soutien nécessaire ; que la partie adverse devait dès lors se conformer à l’arrêt n° 259.655 du 26 avril 2024 et ne pouvait dès lors maintenir le même niveau d’exigence pour le critère de sélection relatif aux moyens financiers du soumissionnaire que lors du précédent marché ; [q]u’en maintenant un niveau d’exigence identique pour le critère de sélection relatif aux moyens financiers du soumissionnaire, la partie adverse a dès lors méconnu l’autorité de chose jugée de l’arrêt n° 259.655 du 26 avril 2024 ».

Et, « [e]n ce que [deuxième branche] la partie adverse a exigé, dans le cadre de la sélection, 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 EUR », « [a]lors que, lors du marché relatif à l’organisation des festivités du 21 juillet 2023, le chiffre d’affaires exigé était nettement inférieur alors que les prestations demandées étaient identiques et que le budget alloué était similaire ; [q]u’en 2023, le budget maximal s’élevait à 1.000.000 EUR *tvac* et la partie adverse avait prévu que “[l]e soumissionnaire doit avoir réalisé au cours des trois derniers exercices un chiffre d’affaires total au moins égal à 2.000.000 €” ; [q]ue, dans le cadre du marché litigieux, la partie adverse sollicite désormais un chiffre d’affaires trois fois supérieur, à savoir 2.000.000 EUR pour chacun des trois derniers exercices et non 2.000.000 EUR au total pour l’ensemble des trois derniers exercices alors pourtant que les prestations et le budget sont identiques ; [q]ue rien ne justifie donc que le niveau d’exigence soit ainsi revu à la hausse ; [q]ue, de manière surprenante, le niveau d’exigence désormais prévu exclut la SRL SHADOW TO LIVE qui dispose d’un chiffre d’affaires supérieur à 2.000.000 EUR pour les exercices 2022 et 2023 mais pas pour l’exercice 2021 ; [q]ue ce niveau d’exigence constitue dès lors une entrave sérieuse et injustifiée à la concurrence ».

Et, « [e]n ce que [troisième branche] la partie adverse a également exigé [...] dans le cadre de la sélection [que] “[l]e soumissionnaire en tant qu’adjudicataire principal devra disposer d’une référence de services similaires aux services demandés dans le présent marché, exécutés au cours des trois dernières années (2021, 2022 et 2023) pour un montant total au moins égal à 500.000€ *tvac*. Cette référence unique portera plus précisément sur l’organisation d’un événement

comprenant la prise en charge de toutes les prestations suivantes, [l]a coordination ainsi que l'organisation et la création d'un spectacle destiné au grand public. Pour cet aspect, il ne peut être fait appel à la capacité de tiers pour justifier cette référence. La captation et réalisation d'une émission de télévision retransmise en direct sur une chaîne de télévision généraliste nationale, c'est-à-dire une chaîne de télévision non thématique (publique ou privée) dont le public-cible est l'ensemble des ressortissants d'un pays ou à l'échelle d'une des principales communautés d'un pays" », « [a]lors que, lors du marché relatif à l'organisation des festivités du 21 juillet 2023, la partie adverse avait, dans un premier temps, exigé une référence d'un montant au moins égal à 300.000 EUR tvac afin de démontrer la capacité technique des soumissionnaires ; [q]ue, dans la mesure où toutes les offres avaient été écartées, la partie adverse avait ensuite relancé un second marché en réduisant le niveau d'exigence lié à la capacité technique et professionnelle (montant de la référence ramené à 150.000 EUR tvac) et en supprimant certaines prestations, ce qui avait ensuite permis de sélectionner les trois soumissionnaires ayant déposé une offre ; [q]ue malgré la faible participation aux marchés relatifs à l'organisation des festivités du 21 juillet et un niveau d'exigence qui a dû être assoupli en 2023 pour augmenter la concurrence, la partie adverse a désormais prévu un niveau d'exigence encore plus élevé que ce qu'elle avait prévu dans le premier marché lancé en 2023 alors que les prestations demandées pour les prochaines éditions de l'événement sont identiques ; [q]ue, dans le cadre du marché litigieux, la partie adverse restreint la possibilité de faire appel à la capacité de tiers et sollicite désormais une référence d'un montant au moins égal à 500.000 EUR tvac alors pourtant que les prestations et le budget sont identiques ; [q]ue rien ne justifie donc que le niveau d'exigence soit ainsi revu à la hausse ; [q]ue, de manière surprenante, le niveau d'exigence désormais prévu exclut la SRL SHADOW TO LIVE et la SA VERHULST AND FRIENDS, cette dernière ayant remporté le marché relatif à l'organisation du 21 juillet 2022 pour un montant de 449.716,45 EUR tvac ; [q]ue ce niveau d'exigence constitue dès lors une entrave sérieuse et injustifiée à la concurrence ».

Le moyen fait l'objet de développements, qui n'ont toutefois pas été résumés conformément à ce que prescrit l'article 2, § 1^{er}, du Règlement général de procédure, rendu applicable à la procédure de référé d'extrême urgence par l'article 16, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'État.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

A. Quant à la deuxième branche

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.

En substance, la requérante critique le rehaussement du niveau d'exigence requis pour établir la capacité financière et économique, qu'elle estime dépourvu de justification, ce qui – pour cette raison – cause une entrave sérieuse et injustifiée à la concurrence. Cette branche du moyen impose donc d'examiner si le rehaussement contesté repose sur au moins un motif exact, pertinent et légalement admissible.

Il doit d'abord être rappelé qu'en vertu de l'article 67, § 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, le pouvoir adjudicateur peut exiger que les opérateurs économiques réalisent un chiffre d'affaires annuel minimal donné, notamment dans le domaine concerné par le marché ; le chiffre d'affaires annuel minimal que les opérateurs économiques sont tenus de réaliser ne dépasse pas le double de la valeur estimée du marché, sauf dans des cas dûment justifiés tels que ceux ayant trait aux risques particuliers inhérents à la nature des travaux, services ou fournitures. Cette

disposition doit – eu égard à la structuration du marché litigieux – être lue en combinaison avec celle de l'article 7, § 1^{er}, 4^o, du même arrêté royal, en vertu de laquelle le calcul de la valeur estimée du marché est fondé sur la durée et la valeur totale de celui-ci et tient compte de toutes ses tranches fermes et conditionnelles. En l'espèce, le chiffre d'affaires annuel minimal exigé est de 2.000.000 €, ce qui est sensiblement inférieur à la limite réglementaire applicable en l'espèce, qui se situe à 6.000.000 €, conformément aux dispositions précitées.

S'agissant de la justification du niveau ainsi exigé, la note à l'Inspection des finances du 29 avril 2024, fait apparaître que la partie adverse se fonde notamment sur l'ampleur prise par l'événement dont l'organisation fait l'objet du marché litigieux, ce qui laisse entendre l'importance croissante des festivités concernées. Il ne ressort pas du libellé de cette note que ce motif serait surabondant.

L'exactitude de ce motif – qui n'est d'ailleurs pas critiqué en termes de requête – ne paraît pas contestable, pour ce que permet d'en juger un examen de la cause en extrême urgence. Sa pertinence ne paraît, *prima facie*, pas douteuse : il se conçoit que l'ampleur prise par l'événement et les impératifs d'organisation qu'elle génère aient déterminé la partie adverse à s'assurer de la solidité financière et économique des opérateurs économiques prétendant à l'attribution du marché. Enfin, il n'apparaît pas que ce motif ne serait pas légalement admissible : en particulier, la requérante, qui critique essentiellement le seul fait du rehaussement, ne démontre pas, de manière convaincante, que le niveau d'exigence fixé, quoique supérieur à celui retenu pour l'édition 2023, présenterait – au regard des caractéristiques du marché – un caractère intrinsèquement disproportionné. Plusieurs éléments permettent, au contraire, de plaider en faveur du caractère proportionné de celui-ci :

- le chiffre d'affaires exigé se rapporte à l'ensemble des activités des opérateurs économiques, et non uniquement à celles qui relèvent du domaine concerné par le marché, comme le permet la réglementation ;
- la fixation du seuil d'exigence par année, et non plus au cours des trois dernières années, apparaît cohérente au regard du rythme des affaires dans le secteur d'activités concerné : il est possible qu'une entreprise du secteur événementiel assure une année l'organisation d'un seul événement qui « gonflerait » son chiffre d'affaires sur trois années. Pour cette raison, la fixation du seuil d'exigence litigieux apparaît constituer un choix adéquat pour la partie adverse, celle-ci pouvant ainsi vérifier la robustesse financière des soumissionnaires pour chaque exercice ;
- la requérante reconnaît elle-même atteindre le seuil d'exigence, pour les années 2022, 2023 et 2024 ;

- il ressort d'échanges entre la partie adverse et une association professionnelle active dans le secteur qu'un nombre non négligeable d'entreprises réalisent le chiffre d'affaires annuel exigé en l'espèce.

Il ressort des développements qui précèdent que le motif de l'ampleur prise par l'événement dont l'organisation fait l'objet du marché litigieux doit, *prima facie*, être considéré comme exact, pertinent et admissible et justifie ainsi légalement la décision qui fixe le niveau d'exigence en matière de capacité financière et économique.

Il s'ensuit que le moyen ne peut être jugé sérieux au regard du grief d'absence de justification du rehaussement du niveau d'exigence critiqué. Il ne peut, par voie de conséquence, être jugé sérieux au regard du grief d'entrave à la concurrence que la requérante présente exclusivement comme résultant de ce prétendu défaut de justification.

Enfin, la requérante soutient que le niveau d'exigence désormais prévu l'exclurait puisqu'elle n'a pas réalisé le chiffre d'affaires imposé, pour l'exercice 2021. Elle n'expose toutefois pas en quoi cette situation servirait la démonstration d'une illégalité du rehaussement critiqué.

Le moyen ne peut être déclaré sérieux en sa deuxième branche.

B. Quant à la troisième branche

Le critère de sélection litigieux est relatif à la capacité technique et se lit comme suit :

- « Le soumissionnaire en tant qu'adjudicataire principal devra disposer d'une référence de services similaires aux services demandés dans le présent marché, exécutés au cours des cinq dernières années à compter de la date de publication de l'avis de marché pour un montant total au moins égal à 500.000 € t vac. Cette référence unique portera plus précisément sur l'organisation d'un événement comprenant la prise en charge de toutes les prestations suivantes :
- La coordination et la création d'un spectacle destiné au grand public (voir la description des prestations générales au point 7 ci-dessus). Pour cet aspect, il ne peut être fait appel à la capacité de tiers pour justifier cette référence. Le choix de limiter le recours à la capacité de tiers est justifié par le souhait de s'assurer que l'opérateur économique auquel est attribué le marché, sera l'interlocuteur direct du SPF Chancellerie pour la réalisation du spectacle. Il s'agit principalement d'éviter tout risque de dilution de responsabilités, notamment en matière de sécurité.
- La captation et réalisation d'une émission de télévision retransmise en direct sur une chaîne de télévision généraliste nationale, c'est-à-dire une chaîne de

télévision non thématique (publique ou privée) dont le public-cible est l'ensemble des ressortissants d'un pays ou à l'échelle d'une des principales communautés d'un pays ».

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

« Le soumissionnaire devra disposer d'une référence de services similaires aux services demandés dans le présent marché, exécutés au cours des trois dernières années (2020, 2021 ou 2022) pour un montant au moins égal à 150.000,00 € t.v.a. Cette référence unique portera plus précisément sur la création, l'organisation et la production d'un spectacle destiné au grand public, en présence de public et retransmise en direct sur une chaîne de télévision généraliste nationale, c'est-à-dire une chaîne de télévision non thématique (publique ou privée) dont le public-cible est l'ensemble des ressortissants d'un pays ou à l'échelle d'une des principales communautés d'un pays ».

Il apparaît ainsi que la partie adverse a, d'une part, rehaussé le niveau requis en exigeant une référence à des services similaires pour un montant total égal à au moins 500.000 € t.v.a.c. ; elle a, d'autre part, limité le recours à la capacité de tiers, en l'excluant pour les aspects relatifs à la coordination et à la création du spectacle. Ce sont ces deux modifications que critique le moyen, la requérante soutenant que, fixées en ce sens, ces conditions sont sans lien et hors de proportion avec l'objet du marché.

Quant à la référence à des services similaires pour un montant total égal à au moins 500.000 € t.v.a.c.

S'agissant de la justification du niveau ainsi exigé, la note à l'Inspection des finances du 29 avril 2024, fait apparaître que la partie adverse se fonde notamment – et comme elle l'a fait pour le critère de capacité économique et financière – sur l'ampleur prise par l'événement dont l'organisation fait l'objet du marché litigieux, ce qui laisse entendre l'importance croissante des festivités concernées. Il ne ressort pas du libellé de cette note que ce motif serait surabondant.

L'exactitude de ce motif – qui n'est d'ailleurs pas critiqué en termes de requête – ne paraît pas contestable, pour ce que permet d'en juger un examen de la cause en extrême urgence. Sa pertinence ne paraît, *prima facie*, pas douteuse : il se conçoit que l'ampleur de l'événement et les impératifs d'organisation qu'elle génère aient déterminé la partie adverse à s'assurer de l'expérience suffisante des opérateurs économiques prétendant à l'attribution du marché. Enfin, il n'apparaît pas que ce motif ne serait pas légalement admissible : en particulier, la requérante – outre le fait qu'elle ne peut raisonnablement soutenir que le critère est sans lien avec l'objet du marché – critique essentiellement le seul fait du rehaussement, mais ne démontre

pas, de manière convaincante, que le niveau d'exigence fixé, quoique supérieur à celui retenu pour l'édition 2023, présenterait – au regard des caractéristiques du marché – un caractère intrinsèquement disproportionné. Plusieurs éléments permettent, au contraire, de plaider en faveur du caractère proportionné de celui-ci :

- la partie adverse a favorisé la concurrence, en indiquant dans le cahier des charges qu'elle prendrait en considération des références datant d'une période de cinq ans, et non trois ;
- le montant de 500.000 € a été estimé adéquat par un représentant d'une organisation professionnelle du secteur concerné et est, par ailleurs, inférieur à celui que préconisait l'Inspection des finances ;
- la partie adverse a sollicité une seule et unique référence ;

Il ressort des développements qui précèdent que le motif de l'ampleur prise par l'événement dont l'organisation fait l'objet du marché litigieux doit, *prima facie*, être considéré comme exact, pertinent et admissible et justifie ainsi légalement la décision qui fixe le niveau d'exigence en matière de capacité technique.

Il s'ensuit que le grief ne peut être jugé sérieux.

Quant à la limitation du recours à la capacité de tiers

S'agissant de la justification de cette limitation, la note à l'Inspection des finances du 29 avril 2024 fait apparaître que le souhait de la partie adverse est d'avoir un interlocuteur unique, direct et contractuellement lié à l'État belge pour assurer une concertation étroite (notamment avec les différents acteurs institutionnels impliqués) et éviter tout risque de dilution de responsabilités, notamment en matière de sécurité. Il ne ressort pas du libellé de cette note que ce motif serait surabondant.

L'exactitude de ce motif – qui n'est d'ailleurs pas critiqué, en tant que tel, par la requête – ne paraît pas contestable, pour ce que permet d'en juger un examen de la cause en extrême urgence. Sa pertinence ne paraît, *prima facie*, pas douteuse : il se conçoit que les exigences liées à la coordination de l'événement aient déterminé la partie adverse à s'assurer de l'expérience propre de l'opérateur destiné à être son interlocuteur unique et direct. Enfin, il n'apparaît pas que ce motif ne serait pas légalement admissible ; en effet, les prestations liées à la coordination de l'événement semblent, *prima facie*, pouvoir être qualifiées de « tâches essentielles » au sens de l'article 78, alinéa 3, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

Il ressort des développements qui précèdent que le souhait de traiter avec un interlocuteur unique en raison des enjeux et contraintes liés à la coordination de l'événement doit, *prima facie*, être considéré comme exact, pertinent et admissible et justifie ainsi légalement la décision qui limite le recours à la capacité de tiers.

Il s'ensuit que le grief ne peut être jugé sérieux.

Enfin, différents arguments exposés en termes de requête appellent les réponses suivantes :

- Pour prétendre démontrer le caractère restrictif des conditions du marché litigieux, causant une entrave sérieuse à la concurrence, la requérante fait valoir que – dans la phase précédente de passation, interrompue à la suite de l'arrêt n° 259.655 du 26 avril 2024 (ECLI:BE:RVSCE:2024:ARR.259.655) – seules deux offres ont été déposées, qui – pour les raisons exposées en termes de requête – témoignent des difficultés de répondre aux exigences imposées au titre du critère de sélection litigieux. Elle sollicite que soit produite, dans le cadre de la présente procédure en extrême urgence, l'analyse des offres effectuée au cours de cette phase précédente, pour permettre de vérifier si les opérateurs concernés pouvaient être sélectionnés.

Outre que les caractéristiques des deux offres ainsi soumises n'attestent pas, en soi, le caractère prétendument disproportionné de la condition de sélection litigieuse, il doit être observé qu'à défaut d'une décision de sélection qui aurait été alors prise par la partie adverse, il n'appartient, en toute hypothèse, pas au Conseil d'État d'examiner le respect, par les soumissionnaires, des conditions fixées par les documents du marché avant même que le pouvoir adjudicateur ait adopté sa position à cet égard. Dans le même ordre d'idées, il ne peut être reproché à la partie adverse de ne pas produire une analyse provisoire du respect, par les soumissionnaires, des critères de sélection alors même qu'aucune décision n'a été adoptée à ce sujet.

- La requérante fait valoir que la partie adverse ne démontre pas que le niveau d'exigence fixé pour l'organisation de l'édition 2023 aurait permis la participation d'opérateurs économiques dont les capacités n'étaient pas satisfaisantes. Elle conteste également qu'il soit fait état, par la partie adverse, d'une analyse qui aurait été faite à la suite de l'édition 2023, analyse qui ne pourrait être prise en considération que si elle était produite.

L'identité d'objet et de budget du marché litigieux n'exclut cependant pas que – forte de l'expérience de l'édition précédente – la partie adverse ait pu considérer,

au regard des impératifs résultant de l'ampleur prise par l'événement et potentiellement destinée à s'accroître, que les opérateurs économiques prétendant à l'attribution du marché devaient prouver une capacité technique attestée par un niveau d'exigence plus élevé. Il ne peut, par ailleurs, être exclu que les services de la partie adverse aient effectué une évaluation de l'édition 2023 des festivités, sans que cela ait donné lieu à l'établissement d'un rapport écrit, susceptible d'être produit au dossier de la procédure.

- La requérante soutient que la limitation du recours à la capacité de tiers serait incompatible avec la possibilité de remettre offre sous forme de groupement d'opérateurs économiques.

Elle ne peut être suivie sur ce point, pour le motif, exposé par la partie adverse dans sa note d'observations, que l'hypothèse de l'offre déposée par un groupement d'opérateurs économiques est distincte de celle du recours à la capacité d'un sous-traitant. Celui-ci – à la capacité duquel il serait, par hypothèse, fait appel – n'aurait pas de lien contractuel avec la partie adverse, à la différence de chacun des membres du groupement d'opérateurs économiques, de sorte qu'il se conçoit d'attendre d'au moins l'un d'entre eux une expérience propre suffisante pour ce qui se rapporte à la coordination de l'événement.

Il suit de l'ensemble des considérations qui précèdent que le moyen ne peut être déclaré sérieux en sa troisième branche.

C. Quant à la première branche

Le moyen reproche à l'acte attaqué de méconnaître l'autorité de chose jugée qui s'attache à l'arrêt n° 259.655 du 26 avril 2024, en définissant un critère de capacité financière identique à celui qu'a censuré cet arrêt. Selon la requérante, la partie adverse devait, pour se conformer à cet arrêt, « revoir le niveau d'exigence prévu pour le critère de sélection relatif aux moyens financiers du soumissionnaire ou, à tout le moins, la justification du rehaussement de ce niveau d'exigence ».

L'arrêt qui ordonne la suspension de l'exécution d'un acte administratif a autorité absolue de chose jugée. Cette autorité de chose jugée se rapporte au dispositif de l'arrêt, aux motifs qui en constituent le support nécessaire et indissociable, ainsi qu'aux constats dont ils procèdent. Elle est provisoire dans la mesure où elle ne lie pas le juge qui est saisi du fond du litige.

Dans l'hypothèse où un arrêt ordonne la suspension de l'exécution d'un acte administratif et que celui-ci fait l'objet d'un retrait, le fait d'adopter un nouvel

acte qui repose sur de nouveaux éléments tant en fait qu'en droit ne constitue pas en soi une violation de l'autorité de chose jugée. En revanche, il est interdit à l'autorité de refaire, même partiellement, l'acte attaqué, sans réparer l'illégalité dénoncée au moyen ayant conduit à la suspension de l'exécution de cet acte.

Ainsi que cela ressort de l'examen de la deuxième branche, la décision de rehausser le niveau de capacité financière est justifiée par le motif de l'ampleur prise par l'événement dont l'organisation fait l'objet du marché litigieux. Ce motif a été spécialement mis en évidence dans la note à l'Inspection des finances du 29 avril 2024, de sorte qu'il doit être constaté que – et contrairement à ce que laisse entendre la requérante – la partie adverse a bien revu la justification de ce rehaussement.

Par ailleurs, la partie adverse n'aurait – pour respecter l'autorité de chose jugée qui s'attache à l'arrêt n° 259.655 du 26 avril 2024 – dû fixer un niveau d'exigence différent de celui qui avait été critiqué dans le recours ayant donné lieu à cet arrêt que si celui-ci avait censuré ce niveau en jugeant qu'il était sans lien avec l'objet du marché ou disproportionné. L'arrêt précité ne se prononce toutefois pas sur ces aspects, se bornant à censurer le critère de capacité financière au motif que le rehaussement du niveau exigé ne reposait pas sur une justification admissible trouvant appui dans les documents du marché ou le dossier administratif. Ceci n'emporte pas appréciation d'un caractère intrinsèquement disproportionné que dénonçait la requérante.

Il s'ensuit que le moyen n'est pas sérieux en sa première branche.

VI. Confidentialité

La partie adverse demande que soit maintenue la confidentialité des pièces 2. b. et 3. a., n., o., p., q., du dossier administratif.

Cette demande 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 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les pièces 2. b. et 3. a., n., o., p., q., 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 le 29 mai 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