

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

VI<sup>e</sup> CHAMBRE

A R R Ê T

n° 258.763 du 9 février 2024

A. 226.627/VI-21.353

En cause : **la société anonyme TEMPORA**,  
ayant élu domicile chez  
M<sup>es</sup> Christophe DUBOIS et Linli-Sophie  
PAN-VAN DE MEULEBROEKE, avocats,  
chaussée de La Hulpe 185  
1170 Bruxelles,

contre :

**la société coopérative à responsabilité limitée de droit public  
INTERCOMMUNALE BATAILLE DE WATERLOO 1815**,  
ayant élu domicile chez  
M<sup>es</sup> Virginie DOR et Flore  
VERHOEVEN, avocats,  
chaussée de La Hulpe 178  
1170 Bruxelles.

---

*I. Objet de la requête*

Par une requête introduite le 11 novembre 2018, la SA Tempora demande l'annulation de « la décision adoptée par le Conseil d'administration de la partie adverse le 11 septembre 2018, aux termes de laquelle il est décidé d'attribuer la concession de services relative à l'exploitation et au développement touristique du "Memorial 1815" sur le site du champ de bataille de Waterloo à la Société Kléber Rossillon ».

*II. Procédure*

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66, 6°, et 70, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État ont été acquittés.

Le dossier administratif a été déposé.

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

M<sup>me</sup> Pauline Lagasse, auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont déposé des derniers mémoires.

Par une ordonnance du 7 novembre 2023, l'affaire a été fixée à l'audience du 13 décembre 2023.

M. Xavier Close conseiller d'État, a exposé son rapport.

M<sup>e</sup> Christophe Dubois, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M<sup>es</sup> Virginie Dor et Flore Verhoeven, avocates, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M<sup>me</sup> Pauline Lagasse, auditeur, a été entendue 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 utiles*

Les 19 et 23 janvier 2018, un avis est publié respectivement au Bulletin des adjudications et au Journal officiel de l'Union européenne par l'Intercommunale bataille de Waterloo 1815, concernant l'octroi d'une concession de services relative à l'exploitation et au développement touristique du « Mémorial 1815 » sur le site du champ de Bataille de Waterloo. Un avis rectificatif portant sur la date limite de réception des offres est publié respectivement les 20 février 2018 et 16 mars 2018.

Il est prévu que la concession sera conclue dans le courant de l'année 2018 et se terminera le 22 mars 2035.

Il résulte des documents du marché, et notamment du cahier spécial des charges, que la concession fait l'objet d'une procédure négociée et que l'attribution repose sur les 3 critères suivants :

« Critère 1 : Pertinence du plan d'affaires et de l'approche de la mission globale (50 points)

a) Plan d'affaires (30 points)

Le soumissionnaire décrira son plan d'affaires dans une note (20 pages A4 maximum) [...].

Celui-ci comprendra au minimum :

- volet ressources humaines  
Le document listera les ressources humaines que le soumissionnaire entend affecter au projet pour assurer sa réussite. L'ensemble des fonctions seront définies (descriptif de fonction sommaire) ainsi que le temps de travail présumé pour chacune d'elles.
- volet politique de prix (tarifs selon les visiteurs, les produits, les horaires et le calendrier d'ouverture)  
La note précisera comment le concessionnaire entend toucher les différents types de publics : Groupes, Tours opérateurs (TO), scolaires, public individuel... Pour chacun, il définira la stratégie en fonction de la provenance de celui-ci : locale, régionale, internationale.
- volet promotion (budget et affectation, cibles, programme événementiel, ...)  
La note détaillera le projet de promotion du site d'exploitation. La notion de promotion comprend tous les aspects de communication, publicité, presse, actions promotionnelles, événementiel, ... en fonction des publics cibles.
- volet pédagogique  
Le concessionnaire expliquera comment il entend toucher le public scolaire et les outils spécifiques qui seront développés à cet effet.
- volet Horeca  
L'offre Horeca devra également être décrite avec précision en fonction des publics divers : individuels, groupe, *meeting*, *incentives*, événementiels, ...
- un Compte d'Exploitation prévisionnel  
Le concessionnaire fournira un compte d'exploitation détaillé sur les 5 premières années comprenant au minimum les montants réservés aux postes RH, Communication (promotion et presse), frais de fonctionnement techniques, frais de fonctionnement administratifs, entretien du site, animations, investissements scénographiques et amortissements, compte d'exploitation.  
Il fournira des objectifs chiffrés de fréquentation et l'évolution de la clientèle sur base du plan d'action et des chiffres actuels transmis en annexe, ainsi que toutes les autres recettes (boutiques, animations, ...). Il justifiera également les hypothèses retenues pour établir ce plan.  
L'Horeca et l'événementiel feront l'objet d'un compte d'exploitation détaillé repris dans le plan global d'exploitation.

Chacun des éléments d'appréciation visés ci-dessus sera évalué en tenant compte de leur faisabilité et de leur originalité.

b) une note relative à sa vision de l'évolution du concept, qui sera intitulée "Plan de développement touristique et économique du site" (10 points) [...]

c) une note relative à l'entretien des bâtiments et équipements (10 points) [...]

Le soumissionnaire bénéficiera dès le 1<sup>er</sup> jour du contrat d'un site récent dans lequel de nombreux investissements ont été consentis. Cependant, compte tenu de sa nature, il est essentiel de maintenir l'attractivité du site et la pérennité des outils. Un service d'entretien de qualité devra donc impérativement être mis en place par le soumissionnaire durant la concession de service. La durée de celle-ci tient compte de ces investissements réguliers et conséquents et de la nécessité d'amortir ceux-ci sur du long terme.

Le soumissionnaire détaillera comment seront garantis la qualité du service et l'entretien des bâtiments et équipements, en ce compris dans la dernière année de

la concession.

Par ailleurs, le soumissionnaire fournira une note relative à l'importance, la qualité, la nature des investissements auxquels il s'engage [...]

Les sous-critères relatifs à la pertinence du plan d'affaires et à l'approche de la mission globale se verront octroyer un niveau de points total correspondant aux 5 niveaux de qualité suivants :

- Excellent : 100 %
- Très bon : 80 %
- Bon : 60 %
- Satisfaisant : 20 %
- Mauvais : 0 %

#### Critère 2 : Redevances (40 points)

- a) Redevance fixe (20 points)
- b) Redevance variable RP1 (10 points)
- c) Redevance variable RP2 (10 points)

Les montants et pourcentages définis dans le cahier des charges pour les redevances fixe et variables RP1 et la RP 2 sont des minimas.

Le soumissionnaire est invité à préciser, dans une note qu'il joindra à son offre, les montants et pourcentages qu'il entend offrir pour les trois redevances telles que définies au Chapitre III du Livre III [...].

Pour chaque redevance, l'attribution des points se calculera de la manière suivante :

- La meilleure offre se verra attribuer le maximum des points
- Le minimum demandé obtiendra 0 point
- Les autres offres seront cotées au prorata de l'écart entre le maximum et le minimum

#### Critère 3 : Intégration du futur concessionnaire dans un réseau d'infrastructures culturelles et touristiques (10 points)

Différents opérateurs existent sur le champ de Bataille de Waterloo 1815. Le soumissionnaire décrira dans une note qu'il joindra à son offre comment il entend développer des actions communes et des partenariats de réseau avec ceux-ci. Cette note sera intitulée "note relative à l'intégration du futur concessionnaire dans le réseau d'infrastructures culturelles et touristiques" [...].

Ce document (5 pages A4 maximum) reprendra des chapitres distincts en fonction des différents types d'acteurs :

- Partenaires du Champ de Bataille de Waterloo tels que définis dans la convention PASS 1815.
- Opérateurs touristiques institutionnels locaux, régionaux et internationaux.
- Opérateurs touristiques privés locaux, régionaux et internationaux (TO, guides, secteur hôtelier, ...).
- Autres attractions touristiques

Par ailleurs, le soumissionnaire fournira une note relative au respect de l'esprit du site, de sa dimension culturelle, historique et patrimoniale (...)

Le critère relatif à l'Intégration du futur concessionnaire dans un réseau d'infrastructures culturelles et touristiques se verra octroyer un niveau de points total correspondant aux 5 niveaux de qualité suivants :

- Excellent : 100 %
- Très bon : 80 %
- Bon : 60 %
- Satisfaisant : 20 %

- Mauvais : 0 % ».

2. Le 23 mars 2018, date limite de réception des offres, deux offres ont été déposées respectivement par la partie requérante et par la SARL Kléber Rossillon.

Ces deux offres ont été considérées comme répondant aux exigences de la sélection qualitative et comme étant régulières.

Dans le cadre de l'examen des offres, des visites de sites exploités par les soumissionnaires ont été organisées et des demandes de précisions et de compléments ont été adressées aux soumissionnaires.

En ce qui concerne la partie requérante, une séance de présentation de l'offre et de questions-réponses a été organisée en date du 26 avril 2018. Une séance de dégustation des plats proposés à la carte a été organisée le mardi 3 juillet 2018 et les compléments d'informations ont été transmis en date des 14 mai, 10 juillet et 6 août 2018.

En ce qui concerne l'attributaire de la concession, des compléments d'informations ont été transmis les 11 mai 2018, 3 et 9 juillet 2018, et 3 août 2018.

3. Après analyse des offres, une proposition de décision d'attribution de la concession à la société Kléber Rossillon, accompagnée du rapport d'attribution, a été soumise au gouvernement de la Région wallonne en date du 28 août 2018. Le 6 septembre 2018, le gouvernement émet un avis favorable quant à cette proposition de décision d'attribution du marché qui lui est soumise par le pouvoir adjudicateur, conformément à la « Convention relative à la gestion immobilière et à la concession de l'exploitation commerciale et touristique du site historique de la bataille de Waterloo ».

4. Le 11 septembre 2018, la partie adverse décide d'attribuer la concession à la SARL Kléber Rossillon, sur la base du tableau de cotation des offres suivant :

	Pertinence du plan d'affaires et de l'approche de la mission globale			Redevances			Intégration du futur concessionnaire dans un réseau d'infrastructures culturelles et touristiques (sur 10)	Total (100 points)
	Plan d'affaires (sur 30)	Plan de développement touristique et économique du site (sur 10)	Note relative à l'entretien des bâtiments et équipements (sur 10)	Fixe (sur 20)	Variable RP1 (sur 10)	Variable RP2 (sur 10)	/	
SA Tempora	18	6	8	15,38	10	10	6	73,38/100
SARL Kléber Rossillon	24	10	10	20	5	2	8	79/100

La décision du 11 septembre 2018 constitue l'acte attaqué.

5. Le 12 septembre 2018, cette décision est notifiée, par recommandé et par courriel à la SARL Kléber Rossillon.

6. Les 12 septembre et 4 octobre 2018, cette décision est notifiée, par courriel et par recommandé avec accusé de réception à la requérante.

#### IV. Premier moyen

##### IV.1. Thèses des parties

###### A. Requête en annulation

Le premier moyen est pris de la violation « de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, en particulier les articles 30, 37 et 41 ; [...] de la loi du 17 juin 2016 relative aux concessions, en particulier les articles 45, 55 et 56; [...] de l'arrêté royal du 25 juin 2017 relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession, en particulier son article 30 ; [...] de la Constitution, en particulier des

articles 10 et 11 de celle-ci ; [...] de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, en particulier les articles 2 et 3 ; [...] du principe général de motivation ; [...] l'erreur manifeste d'appréciation ; [...] des principes d'égalité de traitement, de non-discrimination, de transparence et de concurrence ; [...] des principes de bonne administration, en particulier du principe de légitime confiance et de minutie ; [...] du principe *patere legem quam ipse fecisti* ».

La requérante affirme qu'elle a intérêt au moyen dès lors que, dans l'hypothèse où la première branche serait déclarée fondée, et au vu de la méthode de cotation prévue par le cahier des charges, il faudrait alors constater que la concession litigieuse aurait dû lui être attribuée. Selon elle, les appréciations erronées de la partie adverse ont nécessairement diminué la cotation de son offre d'un nombre de points qui, s'ils avaient été octroyés, auraient automatiquement permis à cette offre de dépasser celle de l'attributaire de la concession. Elle fonde à cet égard son raisonnement sur une règle de proportionnalité entre le nombre d'erreurs commises à son estime par la partie adverse et le nombre d'éléments d'appréciation retenus par l'acte attaqué.

En ce qui concerne la deuxième branche du moyen, elle affirme que, compte tenu du nombre élevé de points sur lesquels l'offre de la partie requérante a été traitée différemment de celle déposée par l'attributaire retenu, il est incontestable que son offre aurait dû être classée en première position. Elle considère par ailleurs que les griefs relevés dans la deuxième branche du moyen viennent renforcer les griefs développés dans le cadre de la première branche au regard de l'analyse effectuée par rapport aux sous-critères d'attribution 2 et 3 du premier critère d'attribution.

Sur le fond, le premier moyen est divisé en deux branches.

Dans une première branche, la requérante affirme en substance que l'acte attaqué, en ce qu'il énonce les appréciations de la partie adverse au sujet de son offre au regard du premier critère d'attribution, comporte 62 « erreurs d'appréciation », qu'elle détaille dans sa requête.

Dans une deuxième branche, la requérante affirme que la partie adverse a traité son offre différemment de celle déposée par l'attributaire de la concession en violation du principe d'égalité et de non-discrimination et ce sans motivation particulière, ce qui aurait privé la partie requérante de l'attribution de la concession litigieuse. La requérante fait valoir 37 arguments distincts à cet égard, relatifs au premier et au troisième critères d'attribution.

## *B. Mémoire en réponse*

La partie adverse conteste l'intérêt de la partie requérante au moyen au motif qu'à le supposer fondé, cela ne pourrait aboutir à automatiquement augmenter la cotation de l'offre de la partie requérante au regard du premier critère d'attribution.

Elle critique le raisonnement mathématique énoncé par la requérante, et relève que les critiques formulées par la requérante en lien avec les différents éléments d'appréciation retenus par le pouvoir adjudicateur ne tiennent pas compte du fait que la motivation des points octroyés à son offre au regard des premier (18/30), second (6/10) et troisième (8/10) sous-critères du premier critère d'attribution, ainsi que du troisième critère d'attribution (6/10), doit être appréciée de manière globale.

Elle constate que l'offre de la partie requérante, en ce qui concerne le premier sous-critère, est apparue comme moins bonne que celle de l'attributaire dans son ensemble et que les visites des sites déjà exploités par la partie requérante et les *testings* pratiqués durant la procédure d'évaluation des offres ont confirmé ce constat. Elle en déduit que l'offre de la partie requérante devait en tout état de cause se situer une catégorie en dessous de celle de l'offre de l'attributaire de la concession.

Sur le fond, au sujet de la première branche, la partie adverse rappelle que le Conseil d'État, dans le cadre de son contrôle, ne peut sanctionner que les erreurs manifestes d'appréciation. Or, elle relève que le développement du moyen évoque uniquement des « erreurs d'appréciation » et qu'elle ne démontre, du reste, pas en quoi les prétendues erreurs commises par le pouvoir adjudicateur revêtaient un caractère manifeste.

Elle rappelle également que l'autorité qui motive un acte en la forme n'est pas tenue d'exposer les motifs des motifs de sa décision.

Elle souligne que le pouvoir adjudicateur est libre dans le choix de la méthode de cotation qu'il va utiliser et qu'il n'est pas tenu de communiquer celle-ci préalablement au soumissionnaire, sa seule obligation étant de respecter la méthode d'évaluation éventuellement annoncée dans le document du marché.

La partie adverse conteste en outre, point par point, chacune des critiques formulées par la partie requérante.

Enfin, elle estime que le calcul avancé par la partie requérante pour justifier le fait que la concession aurait dû lui être attribuée est incohérent et qu'il n'est



en aucun cas établi de manière certaine et sérieuse que, sans ces prétendues fautes, la requérante se serait vu attribuer la concession. En outre, elle estime que le pouvoir adjudicateur n'a pas commis les erreurs d'appréciation reprochées.

Au sujet de la deuxième branche, la partie adverse soutient que commettre des inégalités de traitement ne constitue pas, en soi, une faute si, en pratique, la requérante et l'attributaire ne proposent pas dans leurs offres des solutions équivalentes ou similaires en ce qui concerne le point discuté. Dans cette hypothèse, rencontrée en l'espèce, le pouvoir adjudicateur ne viole pas les principes d'égalité et de non-discrimination en appréciant (et valorisant) de manière différente leurs offres puisqu'elles se distinguent précisément sur le point discuté.

La partie adverse conteste, point par point, chacune des critiques de la partie requérante et son affirmation que la concession aurait dû nécessairement lui être attribuée.

### *C. Mémoire en réplique*

Concernant son intérêt au moyen, la requérante admet que la cotation doit être appréciée de manière globale. Elle estime cependant que la motivation, dans sa globalité, comporte un nombre significatif d'éléments manifestement erronés, ce qui vicie celle-ci. Selon elle, compte tenu du nombre d'éléments appréciés négativement de manière erronée, il faut considérer que si ces mêmes éléments avaient été appréciés positivement ou de manière neutre, l'appréciation globale aurait entraîné une cotation plus élevée dans le chef de la requérante.

Au surplus, elle relève que quand bien même elle ne démontrerait pas qu'elle aurait d'office été l'attributaire du marché, cela ne suffit pas à la priver d'un intérêt au moyen, cette exigence ne pouvant pas être interprétée de manière trop restrictive ou formaliste.

Sur le fond, au sujet de la première branche, la partie requérante réaffirme l'existence de nombreuses erreurs dans l'examen des offres, qui constituent, selon elle, des erreurs manifestes d'appréciation.

Elle estime par ailleurs que le nombre très élevé d'erreurs commises constitue, en soi, une erreur manifeste d'appréciation, de telle sorte que la discussion relative au caractère manifeste de chaque erreur prise isolément ne serait pas pertinente.

Elle rappelle que l'obligation de motivation formelle impose à l'auteur d'un acte d'indiquer de manière concrète et précise les éléments de fait et de droit qui servent de fondement à sa décision, lesquels ne peuvent être entachés d'inexactitudes et doivent permettre aux destinataires de l'acte de comprendre les raisons qui l'ont conduit à adopter celui-ci. Elle admet cependant que l'obligation de motivation formelle n'impose pas à l'autorité de donner les motifs de ses motifs.

La partie requérante maintient l'intégralité des griefs relatifs aux erreurs d'appréciation qu'elle a formulés dans le cadre de sa requête en annulation. Selon elle, la partie adverse ne soutiendrait pas que la partie requérante aurait mal interprété le contenu du rapport d'attribution et de l'acte attaqué.

Elle souligne qu'elle ne prétend pas que chaque erreur a exercé une influence proportionnelle dans la cotation finale de chaque critère. Elle considère cependant que les nombreuses erreurs relevées démontrent à suffisance que l'acte attaqué ne repose pas, en grande partie, sur des motifs exacts et pertinents.

La partie requérante estime qu'elle est dans l'impossibilité d'identifier quels sont les éléments qui ont été déterminants dans l'appréciation globale de chaque critère et qu'il est dès lors d'autant plus important que lesdits éléments ne soient pas entachés d'erreur.

La partie requérante considère que l'indication selon laquelle son offre est faite sans réserve, dans sa réponse du 14 mai 2018, concerne bien l'intégralité de son offre et témoigne du caractère engageant de celle-ci. Elle en déduit que le reproche concernant la formulation de certaines propositions et l'utilisation du conditionnel est manifestement injustifié.

Elle revient ensuite sur plusieurs des critiques formulées dans le cadre de sa requête en annulation au regard du mémoire en réponse déposé par la partie adverse. Elle réaffirme que la partie adverse a commis de nombreuses erreurs manifestes d'appréciation lors de l'analyse de son offre, ce qui suffit à entraîner l'illégalité de l'acte attaqué, ce dernier ne se fondant pas sur des motifs exacts et pertinents.

La requérante critique également la motivation formelle de l'acte attaqué dès lors que la méthode d'évaluation appliquée rendrait impossible la compréhension des raisons pour lesquelles l'attributaire a bénéficié d'une cotation plus généreuse que la partie requérante. Selon la requérante, les éléments d'appréciation que constituent les volets examinés dans le cadre du premier sous-critère sont trop vagues et ne

permettent pas *a priori* à la requérante de déterminer les points précis sur lesquels la partie adverse a exercé son appréciation, ce que confirmerait selon elle la longueur du mémoire en réponse. Elle reproche à l'acte attaqué de ne pas lui permettre de comprendre précisément les éléments d'appréciation qui lui ont fait perdre des points et de contenir au contraire des affirmations sans fondement, des formulations imprécises et des reproches infondés. Elle cite, dans ce cadre une série d'exemples qui sont repris dans le tableau utilisé dans le cadre de l'examen de la première branche.

Au sujet de la deuxième branche, la requérante estime que les explications fournies par la partie adverse dans son mémoire en réponse sont tardives et ne ressortent pas de l'acte attaqué, ce dont témoigne, selon elle, la longueur du mémoire en réponse.

Elle renvoie, au surplus, aux développements de sa requête en annulation.

#### *D. Dernier mémoire de la partie adverse*

Concernant l'intérêt au moyen, la partie adverse relève que le mémoire en réplique ne revient plus sur le raisonnement mathématique que la requérante développait longuement dans sa requête en annulation. Elle note toutefois que la requérante continue de prétendre que la concession devait nécessairement lui être attribuée.

Selon la partie adverse, cette affirmation ne peut être suivie car la requérante fonde toujours son raisonnement sur le nombre d'arguments qu'elle soulève, ce qui n'est pas un postulat de départ objectif et correct. Par ailleurs, l'intérêt au moyen n'existerait que si l'offre de la requérante pouvait être considérée, au regard des critères d'attribution, au minimum comme qualitativement équivalente à celle de Kléber Rossillon. La partie adverse réaffirme qu'à ses yeux, tel n'est pas le cas.

La partie adverse considère que le raisonnement de l'auditeur rapporteur concernant l'existence d'un intérêt au moyen ne peut pas non plus être suivi car il est à ce point peu vraisemblable que « les erreurs commises par le pouvoir adjudicateur, à supposer qu'elles soient avérées, *quod non*, puissent effectivement conduire à un revirement du classement vu leur ampleur minime, que l'intérêt au recours de la partie demanderesse doit en l'occurrence être mis en doute ».

Selon elle, le rapport de l'auditeur relève que la requérante ne démontre pas que si la partie adverse « n'avait pas commis les prétendues fautes qu'elle lui reproche (mais qui ne sont pas établies [...]) elle se serait automatiquement vu

attribuer la concession », et il admet l'important pouvoir d'appréciation dont dispose la partie adverse dans le cadre de l'évaluation des offres.

Pour la partie adverse, le rapport de l'auditorat ne peut être suivi quand il conclut que la partie requérante disposerait tout de même d'un intérêt au moyen en ce qu'il ne peut être exclu qu'en cas de réévaluation de l'offre de la requérante par le pouvoir adjudicateur, la décision d'attribution aboutirait à un résultat plus favorable à l'offre de celle-ci.

Sur le fond, la partie adverse expose que le rapport de l'auditeur, qui a examiné l'ensemble des critiques formulées par la requérante, n'en retient que 7. Elle souligne la faible proportion de critiques finalement retenues, qu'elle met en parallèle avec le caractère très volumineux du dossier et sa complexité. Elle affirme que, compte tenu de l'ampleur du dossier et de sa complexité, et à supposer les 7 critiques en question fondées, les erreurs commises sont marginales et ne peuvent être considérées comme suffisantes pour entraîner l'annulation, « d'autant que le caractère “manifeste” des prétendues erreurs d'appréciation n'a, à aucun moment, été étayé par Tempora (et ne l'est pas plus dans le rapport) ». Il serait incorrect de considérer qu'aucune autre autorité ne les aurait commises, alors qu'un tel constat serait nécessaire pour conclure à l'existence d'une erreur « manifeste ».

La partie adverse souligne ensuite que l'ensemble des critiques reconnues fondées par l'auditeur rapporteur s'inscrivent dans le cadre de l'évaluation qui a été faite par le pouvoir adjudicateur des offres au regard des 4 (parmi les 6) volets constituant des éléments d'appréciation du sous-critère « plans d'affaires », lui-même pondéré sur 30 points.

Elle rappelle que sur la base d'une appréciation globale de l'offre de la requérante au regard des 6 éléments d'appréciation qui constituent les 6 volets prévus au cahier des charges, la requérante a obtenu pour ce sous-critère « Plan d'affaires » le score de 18/30, ce qui correspond, selon la méthode de cotation applicable, à une « bonne évaluation », alors que la société Kléber Rossillon a « franchi l'échelon supérieur et a obtenu, pour ce sous-critère, le score de 24/30, ce qui correspond à une “très bonne évaluation” ».

Selon la partie adverse, à supposer que l'on retienne les 7 critiques admises par l'auditeur rapporteur, qui ne correspondent qu'à « d'infimes éléments d'appréciation dans le cadre de l'analyse de ce sous-critère “plan d'affaires” », cela ne permettrait pas à l'offre de la requérante d'obtenir les 6 points supplémentaires qui lui permettraient de monter de catégorie et d'obtenir une très bonne évaluation.

Aux yeux de la partie adverse, « à l'évidence, sur ce sous-critère, l'appréciation du pouvoir adjudicateur ("très bonne" pour Kléber Rossillon et "bonne" pour Tempora) est bien correcte et correspond à la qualité intrinsèque des offres et à leurs avantages et inconvénients respectifs, tels qu'ils ressortent de la comparaison et d'une analyse sérieuse et approfondie de celles-ci ».

La partie adverse conteste ensuite, points par points, les 7 critiques que le rapport de l'auditeur rapporteur retient comme fondées.

#### *IV.2. Appréciation du Conseil d'État*

##### *A. Intérêt au moyen*

Pour justifier de son intérêt au moyen, la partie requérante affirme que si le Conseil d'État déclarait la première branche fondée, il serait établi « que la partie adverse aurait dû lui attribuer la concession litigieuse au vu de la méthode de cotation prévue par le C.S.C. En effet, de par l'effet de celle-ci, automatiquement, elle obtiendrait une cotation plus élevée que celle reçue par l'attributaire de la concession aux termes de la décision attaquée [...] ».

Elle tient un raisonnement similaire concernant les conséquences de la reconnaissance du bien-fondé de la deuxième branche du moyen. Selon elle, « au regard du nombre élevé de points sur lesquels l'offre de la partie requérante a été traitée différemment de celle déposée par l'attributaire retenu, il est incontestable que l'offre de la partie requérante aurait dû être classée en première position ».

L'affirmation de la requérante selon laquelle le bien-fondé de l'une ou l'autre branche du premier moyen devrait entraîner le constat que son offre était meilleure que celle de sa concurrente ne peut être suivie.

Pour l'essentiel, le cahier des charges détaillait comme suit la manière dont seraient cotées les offres au regard du premier critère d'attribution et de ses sous-critères :

#### **« 9. ÉNONCÉ DES CRITÈRES D'ATTRIBUTION**

Le contrat de concession sera attribué au soumissionnaire ayant présenté l'offre (le cas échéant l'offre finale au terme de la négociation) obtenant le plus de points sur la base des critères suivants pondérés comme suit sous un total de 100 points :

Critère 1 : Pertinence du plan d'affaires et de l'approche de la mission globale (50 points)

- a) plan d'affaires
  - b) une note relative à sa vision de l'évolution du concept
  - c) une note expliquant comment seront garantis la qualité du service et l'entretien des bâtiments et équipements, en ce compris dans la dernière année de la concession
- [...]

## 10. EXPLICATIONS RELATIVES AUX CRITÈRES D'ATTRIBUTION

Critère 1 : Pertinence du plan d'affaires et de l'approche de la mission globale (50 points)

- a) Plan d'affaires (30 points)
- [...]
- b) une note relative à sa vision de l'évolution du concept, qui sera intitulée "Plan de développement touristique et économique du site" (10 points)
- [...]
- c) une note relative à l'entretien des bâtiments et équipements (10 points)
- [...]

Les sous-critères relatifs à la pertinence du plan d'affaires et à l'approche de la mission globale se verront octroyer un niveau de points total correspondant aux 5 niveaux de qualité suivants :

- Excellent : 100 %
- Très bon : 80 %
- Bon : 60 %
- Satisfaisant : 20 %
- Mauvais : 0 % ».

La méthode de cotation ainsi prescrite par le cahier des charges impose au pouvoir adjudicateur, s'agissant en particulier des premier et deuxième sous-critères du premier critère d'attribution, d'examiner deux documents produits par le soumissionnaire à l'appui de son offre (plan d'affaires et note relative à la vision de l'évolution du concept), d'en évaluer la pertinence et la qualité au regard des besoins de la concession, et de formuler pour chacun de ces deux sous-critères, une appréciation globale (excellent, très bon, bon, satisfaisant, mauvais) qui, elle-même, correspond à un certain pourcentage du maximum de points (100 %, 80 %, 60 %, 20 %, 0 %).

Dans le cadre de cette appréciation globale, le pouvoir adjudicateur exerce un large pouvoir discrétionnaire, aussi bien sur le plan du choix des motifs qui fondent son appréciation que sur le plan de la manière dont ces motifs sont valorisés.

Il ressort de l'acte attaqué et du rapport d'attribution que les appréciations portées sur ces deux sous-critères dans l'offre de la requérante et dans celle de la société Kléber Rossillon reposent sur plusieurs dizaines d'éléments d'appréciation différents, dont certains sont contestés par la partie requérante.

En fonction du système de cotation choisi par le pouvoir adjudicateur, le constat de l'irrégularité d'un ou plusieurs motifs qui fondent l'appréciation globale attribuée à l'un des sous-critères concernés n'implique pas nécessairement une modification de cette appréciation globale.

À l'inverse, puisque la partie adverse s'est réservé un large pouvoir d'appréciation dans le choix des motifs et dans leur influence sur l'appréciation globale, il est impossible d'affirmer que l'irrégularité d'un motif déterminé n'a exercé aucune influence sur l'appréciation globale finalement donnée au sous-critère considéré.

Le pouvoir adjudicateur pourrait donc considérer, à la suite du réexamen de l'offre qu'implique le constat d'un motif irrégulier, que l'appréciation globale d'un sous-critère doit être modifiée ou, au contraire, qu'elle doit rester identique.

Il n'appartient pas au Conseil d'État de présumer du résultat d'un tel réexamen du dossier par le pouvoir adjudicateur.

L'affirmation de la requérante selon laquelle le marché devait nécessairement lui être octroyé est donc erronée. Elle l'est d'autant plus que la requérante a entendu soulever toutes les « erreurs d'appréciation » qui, à son estime, auraient été commises dans l'examen de son offre, sans tenir compte ni du fait que le Conseil d'État ne peut sanctionner que les erreurs manifestes d'appréciation, ni du fait qu'elle dénonce en réalité souvent des erreurs de fait ou une inadéquation de la motivation formelle qui – à les supposer avérées – peuvent entraîner le constat de l'irrégularité de l'acte, mais sans affecter le pouvoir d'appréciation dont dispose le pouvoir adjudicateur dans le cadre du réexamen du dossier.

Le bien-fondé d'une ou plusieurs critiques contenues dans la première branche du premier moyen pourrait toutefois amener, à la suite du réexamen du dossier, un changement dans le classement des offres.

D'une part, le bien-fondé d'une ou plusieurs critiques relatives au premier sous-critère d'attribution du premier critère d'attribution pourrait amener la partie adverse à réévaluer l'offre de la requérante et à faire passer l'évaluation attribuée à ce sous-critère de « bon » vers « très bon ». Ceci impliquerait l'octroi de six points supplémentaires à l'offre de la requérante, lui donnant ainsi une cotation globale supérieure à celle attribuée à l'offre de la société Kléber Rossillon.

D'autre part, le bien-fondé d'une ou plusieurs critiques au sujet des

deuxième et troisième sous-critères d'attribution du premier critère d'attribution pourrait également amener la partie adverse à réévaluer l'offre de la requérante et à lui octroyer, le cas échéant, le maximum de points pour ces deux sous-critères, ce qui suffirait également à faire passer la cotation globale de l'offre de la requérante au-delà de la cote attribuée à l'offre de la société Kléber Rossillon.

Le bien-fondé d'une ou plusieurs critiques contenues dans la deuxième branche du premier moyen pourrait par ailleurs amener la partie adverse à réévaluer l'offre de la requérante ou celle de la société Kléber Rossillon et, le cas échéant, à modifier son appréciation de la valeur relative de ces deux offres.

La requérante dispose, dans cette mesure, d'un intérêt au moyen.

## *B. Fond*

### *1. Première branche*

Le premier critère d'attribution concernait la « pertinence du plan d'affaires et de l'approche de la mission globale » et prévoyait l'attribution d'un maximum de 50 points sur 100 au total.

Le « plan d'affaires » constituait le premier sous-critère d'attribution, d'une valeur de 30 points.

Les soumissionnaires étaient invités par les documents du marché à détailler dans leur plan d'affaires un « volet ressources humaines », un « volet politique de prix (tarifs selon les visiteurs, les produits, les horaires et le calendrier d'ouverture) », un « volet promotion (budget et affectation, cibles, programme événementiel, ...) », un « volet pédagogique », un « volet Horeca » et enfin un « compte d'exploitation prévisionnel ».

Au sujet de ce compte, le cahier des charges précisait ce qui suit :

« Le concessionnaire fournira un compte d'exploitation détaillé sur les 5 premières années comprenant au minimum les montants réservés aux postes RH, Communication (promotion et presse), frais de fonctionnement techniques, frais de fonctionnement administratifs, entretien du site, animations, investissements scénographiques et amortissements, compte d'exploitation.

Il fournira des objectifs chiffrés de fréquentation et l'évolution de la clientèle sur base du plan d'action et des chiffres actuels transmis en annexe, ainsi que toutes les autres recettes (boutiques, animations, ...). Il justifiera également les hypothèses retenues pour établir ce plan.



L'Horeca et l'événementiel feront l'objet d'un compte d'exploitation détaillé repris dans le plan global d'exploitation.

Chacun des éléments d'appréciation visés ci-dessus sera évalué en tenant compte de leur faisabilité et de leur originalité ».

Au sujet de l'offre de la requérante au regard du compte d'exploitation détaillé, le rapport d'attribution comprend les appréciations suivantes :

<p>⇒ un Compte d'Exploitation prévisionnel</p> <p>Le concessionnaire fournira un compte d'exploitation détaillé sur les 5 premières années comprenant au minimum les montants réservés aux postes RH, Communication (promotion et presse), frais de fonctionnement techniques, frais de fonctionnement administratifs, entretien du site, animations, investissements scénographiques et amortissements, compte d'exploitation.</p> <p>Il fournira des objectifs chiffrés de fréquentation et l'évolution de la clientèle sur base du plan d'action et des chiffres actuels transmis en annexe, ainsi que toutes les autres recettes (boutiques, animations, ...). Il justifiera également les hypothèses retenues pour établir ce plan.</p> <p>L'horeca et l'événementiel feront l'objet d'un compte d'exploitation détaillé repris dans le plan global d'exploitation.</p>	<ul style="list-style-type: none"><li>■ Le projet a été étudié très précisément et minutieusement. La partie financière est détaillée et documentée. Il se dégage une impression de sérieux, de maîtrise et de souci du détail.</li><li>■ Le soumissionnaire maîtrise la législation belge.</li><li>■ Après les vérifications arithmétiques et le recoupement du projet avec le plan d'affaires, il se dégage une impression de solidité et de cohérence.</li><li>■ Le nombre de visiteurs retenus est en phase avec l'étude indépendante et réaliste.</li><li>■ Le soumissionnaire retient dans son plan prévisionnel l'hypothèse d'un parking payant. Les recettes de ce parking sont vitales pour le plan prévisionnel. Le soumissionnaire estime qu'il n'est pas possible, surtout dans un premier temps, d'atteindre les exigences fixées en matière de redevances, sans trouver des recettes complémentaires et nouvelles.</li><li>■ Au niveau de l'HORECA, le panier moyen retenu est assez faible parce qu'il est tenu compte des personnes qui ne prennent qu'une consommation. Le nombre moyen de couverts est de 500/ jour. Cela veut dire qu'il devra être possible de monter à 1500 couvert en période de pic. Le pouvoir adjudicateur estime cette évaluation peu réaliste au regard de la carte proposée.</li><li>■ L'HORECA sera exploité par un partenaire. Celui-ci devrait procéder aux investissements « cuisine » sur le site. Cependant, ces investissements sont repris dans le plan d'affaires (amortissement d'investissement) du soumissionnaire. De même en ce qui concerne les recettes.</li><li>■ Le coefficient retenu pour les marchandises est de 25 %, ce qui paraît faible mais cependant réaliste compte tenu des coefficients du partenaire HORECA qui est un groupe important.</li><li>■ Pour le personnel, le coefficient retenu est de 40 %.</li><li>■ La relation juridique entre le soumissionnaire et son partenaire HORECA n'apparaît pas clairement dans le plan d'affaires. Il n'est pas ailleurs pas précisé quelle entité juridique va percevoir les recettes Horeca, ce qui pourrait poser un problème pour la perception des redevances.</li><li>■ Le résultat de l'activité HORECA est très important pour le compte d'exploitation. Sans cette contribution, l'activité est en déséquilibre.</li><li>■ En ce qui concerne les flux financiers et les investissements, ils sont abordés avec sérieux et l'impact financier a bien été ajouté au plan financier. Cependant, une partie des investissements repose sur les résultats d'exploitation et le « cash-flow » (à partir de la 3<sup>ème</sup> année).</li><li>■ Le soumissionnaire décrit un plan d'investissement important à hauteur de 2.770.623 € sur les 5 premières années. Ces investissements seront pour moitié investis lors des deux premières années d'exploitation et supportés par Tempora et son partenaire Horeca, pour 30 % en fonds propres et 70% par des crédits d'investissements. Les investissements se répartissent équitablement entre les aménagements extérieurs, l'horeca et les animations culturelles. Pour le pouvoir adjudicateur, ils sont tous destinés à enrichir le site et à augmenter son attractivité. Il n'y a pas de superflu mais leur financement est aléatoire puisqu'il dépend en majeure partie de crédits d'investissements et du résultat d'exploitation</li></ul>
--	--

La requête en annulation contient six griefs relatifs aux motifs ainsi énoncés.

*a. Grief relatif à l'évaluation du nombre de couverts*

*a.1. Thèses des parties*

Le deuxième des six griefs de la requérante relatifs à l'évaluation qu'a faite la partie adverse de son compte d'exploitation détaillé concerne le motif selon lequel « au niveau de l'Horeca, le panier moyen retenu est assez faible parce qu'il est tenu compte des personnes qui ne prennent qu'une consommation. Le nombre moyen de couverts est de 500/jours. Cela veut dire qu'il devra être possible de monter à 1.500 couverts en période de pic. Le pouvoir adjudicateur estime cette évaluation peu réaliste au regard de la carte proposée ».

La requérante relève que cette mention d'un nombre moyen de couverts de 500 par jour ne se trouve pas dans son offre et n'a jamais été faite au cours de la procédure d'attribution de la concession. Selon elle, le pouvoir adjudicateur introduit donc, au niveau de l'examen des offres, un critère quantitatif nouveau, en s'écartant de ce qui était mentionné dans le cahier des charges. La requérante reproche par ailleurs à la partie adverse de ne pas justifier les raisons pour lesquelles il conviendrait, pour la requérante, d'être capable d'assurer trois fois le nombre de couverts moyens ainsi déterminé.

Dans son mémoire en réponse, la partie adverse conteste avoir introduit un nouveau critère quantitatif. Elle affirme avoir procédé « à une interprétation des ratios figurant dans le plan d'affaires de Tempora repris dans l'annexe 6.12 de son offre "Compte prévisionnel Horeca" ».

Il ne s'agirait par ailleurs pas d'une exigence, mais d'une « estimation au regard de l'offre de Tempora et de l'expérience du pouvoir adjudicateur ». L'appréciation porterait sur le fait que « la carte semble être peu compatible avec une grande affluence en période de pics ».

La partie adverse, au sujet du triplement du nombre moyen des couverts, indique qu'elle considère que le concessionnaire doit pouvoir assurer un service de qualité même en période d'affluence. Les journées spéciales, telles que le week-end du 18 juin et certains autres pics de fréquentation (vacances scolaires...), exigent d'être à même de faire face à une affluence de monde dans le restaurant à qualité égale, même dans l'hypothèse de trois fois plus de couverts tous services compris. Elle a estimé que la « reproductibilité du niveau des mets » semblait peu conforme à la

réalité Horeca en haute saison et à la capacité d'accueil du site. Il s'agirait d'un constat « qui ne constitue en rien une erreur d'appréciation ».

Dans son mémoire en réplique, la requérante souligne que son offre prévoyait 246 couverts, et elle constate que la partie adverse ne peut expliquer d'où elle a déduit que le nombre moyen de couverts serait de 500 par jour. Or, c'est sur cette base qu'elle a estimé que l'offre de la requérante était peu réaliste.

Dans son dernier mémoire, la partie adverse fait valoir l'explication suivante :

« 37. Avant d'entrer dans le vif du sujet, il convient de rappeler que le point négatif qui était mis en évidence par le pouvoir adjudicateur à propos de l'offre de Tempora était que la carte Horeca proposée par elle était particulièrement étendue et qu'elle semblait donc peu compatible avec une grande affluence en période de pics.

En l'occurrence, le rapport d'Auditorat souligne le fait que ce constat est directement lié au nombre moyen de couverts par jour retenu par le pouvoir adjudicateur (en l'occurrence 500) et conclut qu'en posant ce constat, (i) alors que ce chiffre de 500 couverts n'est pas conforme à l'estimation annoncée par la requérante dans son offre (à savoir 371 en année 5) et (ii) sans expliquer plus avant comment elle est arrivée à cette estimation, la décision d'attribution serait entachée, sur ce point, d'une erreur manifeste d'appréciation.

38. Comme déjà précisé dans son mémoire en réponse, le nombre moyen de couverts par jour de 500 pour Tempora et de 255 pour Kléber Rossillon provient d'une interprétation qui a été réalisée par le pouvoir adjudicateur des ratios figurant dans le plan d'affaires des deux soumissionnaires.

Ce qui a été pris comme référence (cette adaptation ayant été appliquée aux deux soumissionnaires, de la même manière, pour assurer la comparaison des offres) est le nombre de couverts moyen par jour annoncé par chaque soumissionnaire, qui a été évalué sur un volume d'ouverture théorique de 5 jours ouvrables sur 7 par semaine, ce qui apparaissait une référence prudente.

Les données utilisées dans le cadre de ce calcul, et ledit calcul, sont les suivants :  
- formule générale : (nombre de visiteurs \* taux de captation) / 260 jours ;  
- ce volume de 260 jours est un volume d'ouverture théorique établi sur une base 5/7 (5 jours d'ouverture sur 7), soit 5 jours \* 52 semaines ;  
- le calcul est établi en année 5

a) Le calcul pour Tempora  
Il se base sur l'annexe 6.12 de l'offre de Tempora (Compte prévisionnel Horeca) (cf. pp. 411 et 412 de la pièce 8) :

	Nombre de visiteurs	Taux de Captation	Visiteurs captés
Individuels	506.749	24%	121.620
Groupes	22.817	20%	4.563
Scolaires	22.817	24%	5.476
TOTAL			131.659 → Arrondis 130.000

→ 130.000/260 = 500 couverts par jours d'ouverture du restaurant sur base théorique d'ouverture 5j/7.

b) Le calcul pour Kléber Rossillon

Il se base sur la page 30 de l'offre de Kléber Rossillon (CEP Horeca) (cf. pièce 6.1), tenant compte de 2 catégories de clients distinctes :

- Pour les touristes, il est tenu compte d'un nombre de visiteurs de 301.000 (voir compte de résultat général, p. 32 de l'offre) et d'un taux de captation de 16 % (p. 30 de l'offre) ;  
→ soit :  $(301.000 * 0.16) / 260 = 185$  couverts par jours d'ouverture du restaurant sur base théorique d'ouverture 5j/7.
- Pour les clients extérieurs, le restaurant devrait attirer 70 clients par jour d'ouverture (pas de réévaluation du volume puisqu'il ne s'agit pas de clients captés parmi le volume global de touristes).  
→ 185 couverts (issus de la captation) + 70 (issus de l'extérieur) = 255 couverts.

Le pouvoir adjudicateur a ainsi fait une analyse sérieuse des aspects Horeca de chaque offre. À cet égard, il s'est entouré d'experts et le constat selon lequel la carte de Tempora était très étendue et pourrait poser des difficultés en cas de pics d'affluence est un constat raisonnable, fait dans le cadre de la liberté d'appréciation du pouvoir adjudicateur. Il n'est pas démenti par des éléments concrets qui révéleraient son caractère manifestement erroné. Il semble à la partie adverse qu'il ne revient pas au Conseil d'État de poser une analyse qui remplacerait celle du pouvoir adjudicateur à cet égard et qui reste valable, que l'on prenne le nombre de couverts initialement repris dans l'offre de Tempora ou celui recalculé par le pouvoir adjudicateur pour comparer sur une base identique les deux offres.

39. Sur la base de ce qui précède, on constate que l'acte attaqué ne repose aucunement sur une erreur manifeste d'appréciation dès lors :

- 1- que les estimations de 500 couverts (pour Tempora) et 255 couverts (pour KléberRossillon) reposent sur un calcul clair (cf. *supra*) qui a été opéré de la même manière pour chacune des deux offres, et ce précisément afin d'obtenir un dénominateur commun, permettant au pouvoir adjudicateur de comparer les offres sur cet aspect, et ;
- 2- que, en tout état de cause, il faut rattacher cette conclusion à l'appréciation initiale qui a été posée par le pouvoir adjudicateur (à savoir le fait que la carte proposée était particulièrement étendue et que Tempora ne pourrait pas nécessairement y faire face en période de pics). En effet, que le nombre de couverts moyen par jour retenu ait été 371 ou 500, cela ne modifie en réalité aucunement ce constat fait par le pouvoir adjudicateur (carte très étendue et sans doute trop pour les périodes de pics) et n'aurait pas pour effet de modifier, sur cet aspect, l'appréciation du pouvoir adjudicateur sur cet élément d'appréciation ».

*a.2. Appréciation du Conseil d'État*

Le compte prévisionnel Horeca repris dans le plan d'affaires de la requérante comprend un tableau énonçant ce qui suit, au sujet des cinq premières années d'exploitation (page 411 de l'offre de la requérante) :

Restaurant	1	2	3	4	5
Nombre de visites sur site	380.131	435.231	461.323	480.323	506.749
Taux de captation	22 %	22 %	24 %	24 %	24 %
Nombre de consommations	83.629	95.751	110.828	115.277	121.620
CA moyen	10,3 €	10,5 €	10,8 €	11,0 €	11,2 €
CA restaurant	861.631 €	1.005.384 €	1.119.400 €	1.260.052 €	1.362.140 €

Ce tableau est suivi de la précision suivante :

« Pour la première année le chiffre d'affaires moyen a été estimé sur base du chiffre d'affaires moyen observé dans les autres restaurants de notre partenaire tout en tenant compte que certains des clients viendront seulement boire un verre. Grâce aux investissements de signalisation, à la collaboration entre les partenaires et au marketing autour du restaurant nous prévoyons une augmentation du taux de captation. Le chiffre d'affaires moyen augmentera en fonction de l'évolution des tarifs pratiqués ».

À l'occasion des questions posées par écrit à la partie requérante le 30 avril 2018, la partie adverse a souhaité que celle-ci complète un tableau indiquant, pour les cinq premières années d'exploitation, le nombre d'entrées, le panier moyen de la billetterie, le chiffre d'affaires moyen pour chaque visiteur de la boutique, le nombre de couverts Horeca par jour, le pourcentage de la redevance dans le chiffre d'affaires, le pourcentage de la masse salariale par rapport au chiffre d'affaires, le pourcentage du bénéfice par rapport au chiffre d'affaires, et le pourcentage du résultat net par rapport au chiffre d'affaires.

Au sujet du nombre de couverts Horeca par jour, la réponse du 14 mai 2018 de la requérante reprend notamment les données suivantes :

<b>Nombre de couverts Horeca/jour</b>	246	285	332	348	371

C'est dans ce contexte que l'acte attaqué contient le motif critiqué selon lequel « Le nombre moyen de couverts est de 500/jours. Cela veut dire qu'il devra être possible de monter à 1500 couverts en période de pic. Le pouvoir adjudicateur estime cette évaluation peu réaliste au regard de la carte proposée ».

La partie adverse mentionne donc, pour fonder son appréciation du caractère irréaliste de la carte proposée par la partie requérante, un nombre moyen de 500 couverts par jour, et jusqu'à 1500 couverts en haute saison, ceci alors que l'offre de la requérante ne prévoit que 371 couverts à partir de la cinquième année d'exploitation.

Pour justifier l'utilisation de chiffres différents de ceux mentionnés dans l'offre, la partie adverse expose – pour la première fois dans son dernier mémoire – que pour calculer un nombre de clients Horeca par année, elle a utilisé le nombre total de visiteurs du site (soit 506.749 à partir de la cinquième année) qu'elle a divisé par le taux de captation Horeca (soit 24 %), tous deux mentionnés dans l'offre de la requérante. Ce nombre de clients Horeca par année a ensuite été divisé par 260, correspondant au nombre de jours d'exploitation du restaurant (5 jours sur 7 selon la

partie adverse) pour arriver au nombre approximatif de 500 couverts par jour en moyenne, visé dans le motif du rapport d'attribution.

Ces explications de la partie adverse ne peuvent être admises.

Sur le plan de la motivation formelle, l'acte attaqué écarte des chiffres repris dans l'offre de la requérante, pour en substituer d'autres, sans fournir la moindre explication. La requérante, à la lecture du motif précité, n'a pas pu comprendre la raison pour laquelle les chiffres exposés par son plan d'affaire et par sa réponse du 14 mai 2018 ont été ignorés. Les explications contenues dans les écrits de la partie adverse - essentiellement dans son dernier mémoire, alors qu'elles auraient pu être apportées dans le mémoire en réponse - ne peuvent pallier cette inadéquation de la motivation formelle.

Sur le plan de la motivation matérielle, les arguments de la partie adverse ne sont ni exacts, ni pertinents.

Le taux de captation Horeca repris dans l'offre de la requérante, soit 24 % en cinquième année d'exploitation, intègre aussi bien les visiteurs du restaurant qui entendent s'y restaurer que ceux souhaitant prendre une simple consommation. La requérante indique du reste, dans son offre, que le chiffre d'affaires moyen par client sera de 11,2 euros à partir de la cinquième année, chiffre moyen qui tient compte de tous les types de consommation. La partie adverse l'a par ailleurs bien noté en relevant que le « panier moyen retenu est assez faible parce qu'il est tenu compte des personnes qui ne prennent qu'une consommation ».

La partie adverse ne peut donc pas porter une appréciation sur le caractère réaliste du menu en considérant que tous les clients qui fréquenteront le restaurant, selon l'estimation faite par la requérante, vont s'y restaurer.

En ce qu'il tient ce raisonnement, l'acte attaqué repose sur des motifs à la fois inexacts et contradictoires.

En outre, comme l'indique la partie requérante, le site est, en fonction des documents du marché, supposé être exploité 365 jours par an, sauf éventuellement le 1<sup>er</sup> janvier et le 25 décembre, de sorte que la requérante a rédigé un plan d'affaires dans lequel le restaurant serait en principe ouvert sept jours sur sept, et non cinq jours sur sept. C'est aussi en fonction de cette hypothèse que la partie requérante a retenu un taux de captation Horeca des visiteurs du site de 24 % à partir de la cinquième année.

La partie adverse indique que seul le site touristique doit être ouvert 363 jours par an, mais que tel n'est pas nécessairement le cas pour le restaurant. Elle estime que le nombre de visiteurs peu élevé les lundis et mardis devrait amener l'exploitant à fermer le restaurant ces deux jours de la semaine.

Quelle que soit la pertinence de cette observation, qui apparaît formulée en se fiant à l'activité de l'ancien exploitant du site, les documents du marché n'ont pas invité les soumissionnaires à produire une offre dans laquelle le restaurant ne serait ouvert que cinq jours sur sept. La partie adverse ne peut pas modifier, à l'occasion de l'examen des offres, les paramètres d'exploitation qui peuvent être déduits des documents du marché et qui ont été utilisés par les soumissionnaires pour réfléchir et rédiger leurs plans d'affaires respectifs.

Enfin, il sera exposé plus bas, à l'occasion de l'examen de la seconde branche du moyen, qu'en opérant des modifications dans le nombre de visiteurs du restaurant par jour prévu par chacune des deux offres, le pouvoir adjudicateur a commis des erreurs rendant impossible une comparaison effective des offres quant au caractère réaliste des menus proposés.

La critique est fondée.

#### *b. Grief relatif au déséquilibre de l'activité*

##### *b.1. Thèses des parties*

Le cinquième des six griefs relatifs à l'évaluation du compte d'exploitation détaillé concerne le motif selon lequel « le résultat de l'activité Horeca est très important pour le compte d'exploitation. Sans cette contribution, l'activité est en déséquilibre ».

Selon la requérante, cette observation n'est pas correcte, car si le résultat de l'activité Horeca est effectivement important, il ressort des chiffres fournis dans son offre que l'exploitation du site est bénéficiaire même sans l'Horeca et ce à partir de la 2<sup>e</sup> année d'exploitation.

Dans son mémoire en réponse, la partie adverse souligne que l'Horeca était repris dans le compte d'exploitation produit par la requérante, alors qu'il n'est en réalité pas géré au niveau de la SEM (société d'économie mixte). À son estime, l'Horeca aurait dû faire l'objet d'un poste à part dans le plan d'affaires avec une rémunération ou une redevance prévue pour le prestataire sous-traitant.

Ainsi, le résultat de l'activité Horeca étant effectivement très important, le pouvoir adjudicateur a légitimement pu considérer qu'une variation de ce poste entraînerait logiquement un déséquilibre du plan financier.

La partie requérante ne revient pas sur ce grief dans son mémoire en réplique.

Dans son dernier mémoire, la partie adverse fait valoir ce qui suit :

« 41. Le rapport relève que la critique de Tempora serait fondée dès lors que, selon son analyse, dès la troisième année, l'exploitation du site serait bénéficiaire même sans le résultat de l'Horeca. Sur cette base, le rapport conclut que le pouvoir adjudicateur aurait commis une erreur manifeste d'appréciation ("ou à tout le moins que l'acte attaqué serait insuffisamment justifié sur ce point") en constatant, sans autres développements ou précisions, que "sans cette contribution [i.e. le résultat de l'activité Horeca], l'activité est en déséquilibre".

42. Cette conclusion se fonde pourtant sur un postulat de départ qui n'est pas correct. En effet, le rapport prend en compte, pour aboutir à cette conclusion, le résultat opérationnel de Tempora, qui n'intègre pas les charges Horeca, à savoir les frais financiers et les amortissements (or, il y en avait beaucoup). Or, comptablement, il convient de partir du compte de résultat et non du résultat opérationnel pour effectuer l'analyse.

Tempora a intégré dans son plan d'affaires les produits Horeca ainsi que les achats de marchandises (25 % du chiffre d'affaires) mais pas les charges courantes Horeca. Or, pour examiner la marge sans l'Horeca, il faut retrancher du résultat tant les produits de l'Horeca que les charges reprises au plan financier, en l'occurrence les achats de marchandises. Il résulte de cette opération un résultat négatif pour les 5 exercices projetés.

Ainsi :

1. Le détail Horeca se présente comme suit dans l'offre de Tempora (cf. pièce 8, p. 413) :

HORECA	%	1	2	3	4	5
Restaurant		861.631 €	1.005.384 €	1.191.400 €	1.268.052 €	1.362.140 €
Formules Groupes		47.783 €	64.586 €	82.456 €	91.099 €	104.712 €
Séminaires et entreprises		33.750 €	37.500 €	44.000 €	52.500 €	61.250 €
Traiteurs		- €	60.000 €	75.000 €	96.000 €	112.000 €
CA TOTAL		943.165 €	1.167.470 €	1.392.856 €	1.507.651 €	1.640.102 €
Achats de marchandises	25%	235.791 €	291.868 €	348.214 €	376.913 €	410.026 €
Marge Brute		707.373 €	875.603 €	1.044.642 €	1.130.738 €	1.230.077 €
Personnel	40%	377.266 €	466.988 €	557.142 €	603.060 €	656.041 €
Fluides (Energie + eau)	Fixe	60.000 €	61.200 €	62.424 €	63.672 €	64.946 €
Communication	Fixe	40.000 €	40.000 €	40.000 €	40.000 €	40.000 €
Coûts techniques	3,90%	36.783 €	45.531 €	54.321 €	58.798 €	63.964 €
Assurances	0,30%	2.829 €	3.502 €	4.179 €	4.523 €	16.401 €
TOTAL Charges		768.443 €	928.613 €	1.089.573 €	1.172.179 €	1.278.805 €
Résultat		190.495 €	258.381 €	326.576 €	360.684 €	400.206 €

La marge brute de l'Horeca correspond au chiffre d'affaires Horeca retranché des achats de marchandises Horeca (soit 25 % du chiffre d'affaires). Les autres



charges d'exploitation de l'Horeca (services et biens divers, charges de personnel) ne sont pas reprises dans les chiffres du plan d'affaires à 5 ans de Tempora (elles sont directement attribuées au sous-traitant).

2. En retirant la marge brute de l'Horeca du compte d'exploitation global à 5 ans, nous obtenons :

Année	1	2	3	4	5
Marge brute Horeca	707.373 €	875.603 €	1.004.642 €	1.130.738 €	1.230.077 €
Résultat opérationnel avec Horeca	-429.846 €	563.893 €	1.035.167 €	1.212.273 €	1.549.821 €
Résultat opérationnel sans Horeca	-1.137.219 €	-311.710 €	30.525 €	81.535 €	319.744 €
Résultat avec Horeca	-642.120 €	175.469 €	542.243 €	655.849 €	936.897 €
Résultat sans Horeca	-1.349.493 €	-700.134 €	-462.399 €	-474.889 €	-293.180 €

3. Il convient toutefois de tenir compte, lors du passage du résultat opérationnel au résultat, de l'amortissement des investissements consentis pour l'Horeca par Tempora, visant la décoration de l'Hôtel du Musée, le mobilier, la vaisselle et les caisses et terminaux de paiements (cf. pièce 8, p. 538). Considérant que ces immobilisations font l'objet d'un amortissement sur une durée de 5 à 10 ans, prenant l'option la plus contraignante (5 ans), l'impact peut être estimé comme suit :

Année	1	2	3	4	5
Amortissement	50.000 €	52.000 €	54.000 €	56.000 €	58.000 €

4. Le tableau corrigé avec intégration de l'amortissement Horeca est le suivant :

Année	1	2	3	4	5
Marge brute Horeca	707.373 €	875.603 €	1.004.642 €	1.130.738 €	1.230.077 €
Résultat opérationnel avec Horeca	-429.846 €	563.893 €	1.035.167 €	1.212.273 €	1.549.821 €
Résultat opérationnel sans Horeca	-1.137.219 €	-311.710 €	30.525 €	81.535 €	319.744 €
Résultat avec Horeca	-642.120 €	175.469 €	542.243 €	655.849 €	936.897 €
Résultat sans Horeca (hors Amortissement)	-1.349.493 €	-700.134 €	-462.399 €	-474.889 €	-293.180 €
Amortissement	50.000 €	52.000 €	54.000 €	56.000 €	58.000 €
Résultat sans Horeca (amortissement)	-1.299.493 €	-648.134 €	-408.399 €	-418.889 €	-235.180 €

5. Il en résulte que, sans l'Horeca, l'activité est bien déficitaire, ce que constatait le pouvoir adjudicateur dans son rapport et qui est bien correct.

43. L'affirmation reprise dans le rapport de l'Auditorat selon laquelle "L'on observe cependant que dès la troisième année, l'exploitation du site serait bénéficiaire même sans le résultat de L'Horeca" est donc incorrecte d'un point de vue comptable. Ce raisonnement repose en effet sur un postulat de départ qui est erroné puisqu'il se base sur le résultat opérationnel (donc sans les frais financiers et les investissements ; or il y en avait beaucoup).

Or, ce qu'il faut prendre en considération, c'est le compte de résultat. Sur base de ce qui précède, c'est à bon droit que le pouvoir adjudicateur a considéré que, sans la contribution Horeca, l'activité telle que projetée par Tempora était en déséquilibre. Il n'y a donc là pas d'erreur de la part du pouvoir adjudicateur ».

## *b.2. Appréciation du Conseil d'État*

L'acte attaqué affirme que sans la contribution de l'activité Horeca, l'activité de la requérante serait « en déséquilibre » dans son compte d'exploitation.

Ce motif, critiqué par la requérante, doit donc être relié aux chiffres repris dans le compte d'exploitation détaillé de la partie requérante, en page 433 de son offre.

Pour justifier ce motif, la partie adverse expose, dans son dernier mémoire, un calcul consistant à soustraire la marge brute Horeca, qui correspond au chiffre d'affaires de cette activité dont l'on retranche uniquement les achats des marchandises qui y sont liées, du résultat prévu par le compte d'exploitation prévisionnel de la requérante.

En se fondant sur ce calcul, la partie adverse entend justifier qu'est exacte l'appréciation selon laquelle le résultat prévu par la requérante serait déficitaire si l'on ne tient pas compte de l'activité Horeca.

Le calcul réalisé par la partie adverse consiste à soustraire du compte d'exploitation la totalité des revenus de l'Horeca, mais sans en retrancher la totalité des frais liés à cette activité. Ne sont notamment pas retranchés les frais de personnel, les frais d'énergie, les frais de communication, les assurances et les frais d'entretien liés à la partie Horeca.

La partie adverse offre, dans son dernier mémoire, l'explication suivante quant à un raisonnement fondé sur une soustraction partielle des frais :

« Les autres charges d'exploitation de l'Horeca (services et biens divers, charges de personnel) ne sont pas reprises dans les chiffres du plan d'affaires à 5 ans de Tempora (elles sont directement attribuées au sous-traitant) ».

Cette explication apparaît contredite par le dossier.

L'offre de la requérante comprend en page 241 un tableau détaillant les frais de communication (promotion et presse), dont une ligne est consacrée à la communication/promotion de la partie Horeca. À la même page, un tableau détaille les frais de ressources humaines de son projet, en y intégrant les « frais de personnel Horeca ». Les frais de fonctionnement technique, qui comprennent notamment les frais d'« énergie et fluides Horeca » (comme précisé dans le tableau repris en page 427 de l'offre), sont comptabilisés dans un tableau repris en page 242 de l'offre. Les

frais d'entretien et de maintenance, comportant les « frais d'entretien et de maintenance Hôtel du Musée – Horeca » sont détaillés dans un tableau repris en page 429 de l'offre de la requérante. Les frais d'assurances, qui comprennent les « assurances Horeca », sont quant à eux repris dans un tableau en page 430 de l'offre de la requérante.

Les totaux de ces différents tableaux, qui concernent notamment l'ensemble des frais de la partie Horeca, sont repris dans le compte prévisionnel détaillé, en page 433 de l'offre de la requérante.

Contrairement à ce qu'affirme le dernier mémoire de la partie adverse, l'ensemble des frais de la partie Horeca apparaît donc bien intégré dans le compte prévisionnel produit par la requérante, de sorte qu'il ne semble pas logique d'offrir un raisonnement retirant du plan financier l'ensemble des revenus de l'activité Horeca, sans en retrancher l'ensemble des frais.

Interrogés à l'audience, les conseils de la partie adverse n'ont pas souhaité s'exprimer au sujet des chiffres exposés dans le dernier mémoire, et n'ont donc pas apporté des éclaircissements sur l'exactitude de ce raisonnement.

Dans ce contexte, le motif de l'acte attaqué selon lequel l'activité de la requérante serait en déséquilibre sans la partie Horeca doit être considérée comme inexact.

La critique est fondée.

### *c. Conclusion quant à la première branche*

Au vu des deux griefs jugés fondés, il y a lieu de considérer qu'en sa première branche, le moyen est fondé en tant qu'il dénonce une méconnaissance du principe de motivation matérielle et des dispositions relatives aux obligations de motivation formelle qui incombent à la partie adverse.

## *2. Deuxième branche*

### *a. Grief relatif au développement des marchés néerlandophones*

#### *a.1. Thèses des parties*

Dans le cadre du premier sous-critère d'attribution (Plan d'affaires) du premier critère d'attribution (Pertinence du plan d'affaires et de l'approche de la

mission globale), le rapport d’attribution comprend les appréciations suivantes au sujet du « volet promotion » de l’offre de la société Kléber Rossillon :

<p>⇒ volet promotion (budget et affectation, cibles, programme événementiel,...)</p> <p>La note détaillera le projet de promotion du site d'exploitation. La notion de promotion comprend tous les aspects de communication, publicité, presse, actions promotionnelles, événementiel, ... en fonction des publics cibles.</p>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Le budget communication est cohérent avec la vision du soumissionnaire. Ce dernier prévoit un budget annuel de 275.000 € sur les expositions permanentes et temporaires.</li><li>• Le soumissionnaire entend collaborer avec une société spécialisée dans la communication, l'événementiel et le développement d'activités incentive. Celle-ci connaît bien le site de Waterloo 1815 puisqu'elle a notamment travaillé dans le cadre du Bicentenaire.</li><li>• La stratégie de communication est globale et s'étale sur tous les supports media (presse écrite, radio, TV, web, réseaux sociaux...)</li><li>• Les marchés néerlandophones seront développés par le partenaire belge, garant d'une expertise spécifique importante.</li><li>• Les marchés internationaux bénéficieront de l'expertise du groupe KLEBER ROSSILLON qui gère neuf autres sites touristiques. Leur connaissance des clientèles étrangères leur permet de développer une approche différenciée par pays entre groupes, individuels et TO.</li><li>• Le soumissionnaire attache une grande importance à la communication web et démontre un savoir-faire sur toutes les plates-formes : développement de site internet multilingue avec référencement, animation et veille des réseaux sociaux, politique de webmarketing (recours aux bloggeurs et autres influenceurs). Le soumissionnaire prévoit une valorisation des espaces media de 30 à 50% qui profiteront au site et au pouvoir adjudicateur.</li><li>• Un travail de terrain sera entrepris avec les partenaires du Champ de Bataille et les institutionnels (maison du Tourisme, syndicat d'initiative) mais également avec les autres sites mémoriaux de la région. Cet élément offre une garantie de cohérence en matière de communication pour le visiteur.</li><li>• Le soumissionnaire a déjà un plan précis d'événements à mettre en place à date fixe, créant ainsi des rendez-vous pour le public. Il prévoit d'ores et déjà un contenu différent à chaque édition afin de recréer une attractivité. Il veille à s'entourer de référents en matière d'organisation d'événements historiques et, plus spécifiquement, de la reconstitution du Premier Empire. Les événements seront diversifiés et accessibles à tous les publics.</li></ul>
--	---

La requérante dirige 5 critiques contre ces motifs de l’acte attaqué.

Le deuxième des griefs formulé par la requérante concerne le motif selon lequel les marchés néerlandophones seront développés « par le partenaire belge » de la société Kléber Rossillon « garant d’une expertise spécifique importante ».

La requérante fait valoir, en substance, que son offre n’a pas été créditée de la même qualité, alors qu’elle a démontré « disposer également d’une connaissance approfondie du marché néerlandophone, comme cela ressort des pages 271-272 de son offre et de plusieurs partenariats confirmés par des lettres d’intention dans son offre (Okra Reizen, BAAV, Mediahuis, Zilveren Passer...) ».

Dans son mémoire en réponse, la partie adverse affirme que la question du développement du marché néerlandophone n’a été abordée qu’au sujet de l’offre de Kléber Rossillon car « il s’agit d’une société française qui, par nature, n’a *a priori* pas de connaissance du marché néerlandophone ». Il n’y a donc, à son estime, pas d’atteinte au principe d’égalité.

La partie adverse souligne qu’au sujet du volet promotion, un nombre très important de points positifs ont été relevés dans l’offre de la requérante, qui ont été

valorisés dans le rapport d'attribution. L'offre de la requérante a été évaluée très positivement sur ce volet, tout comme celle de la société Kléber Rossillon.

La partie requérante ne revient pas sur ce grief dans son mémoire en réplique.

Dans son dernier mémoire, la partie adverse écrit ce qui suit :

« 55. Le rapport mentionne que la partie requérante aurait fait l'objet d'une différence de traitement injustifiée "ou à tout le moins que l'acte attaqué serait insuffisamment motivé sur ce point" dès lors qu'en ce qui concerne le point "développement des marchés néerlandophones", le rapport d'attribution était prétendument muet en ce qui concerne l'offre de la requérante alors qu'une appréciation – positive – a été posée à cet égard en ce qui concerne l'offre de l'attributaire.

56. À nouveau, cette conclusion ne peut être suivie, et ce pour les raisons suivantes :

\* Tout d'abord, cet aspect a été valorisé chez Tempora également, et pas uniquement chez Kléber Rossillon.

Le pouvoir adjudicateur a en effet expressément souligné – dans le cadre d'une appréciation positive – que Tempora avait des partenaires médias belges de premier plan, et a donc valorisé son offre au regard de cet élément d'appréciation. L'expression "de premier plan" atteste de cette valorisation et il est par ailleurs implicite, mais logique, que ses partenaires belges Rossel et Media Huis toucheront le marché néerlandophone.

\* Ensuite, force est de constater que le rapport est, sur ce point, assez neutre chez Kléber Rossillon (le rapport relevant simplement que "Les marchés néerlandophones seront développés par le partenaire belge, garant d'une expertise spécifique importante")

Or, comme le relève d'ailleurs explicitement Madame l'Auditeur, il n'est pas surprenant que ce point – formulé de manière assez neutre – ait été relevé dans le chef de Kléber Rossillon qui est une société française. Compte tenu de cette caractéristique, le pouvoir adjudicateur a pu raisonnablement davantage se questionner – qu'en ce qui concerne Tempora, qui est une société belge – sur sa capacité à toucher le marché néerlandophone. Vu l'identité du pouvoir adjudicateur et la localisation du Mémorial, cette préoccupation est tout à fait compréhensible. Le rapport mentionne simplement, à l'attention des instances décisionnelles du pouvoir adjudicateur, que ce point a été vérifié et est couvert. Il s'agit également là aussi d'un des objectifs d'un rapport d'attribution (informer correctement les instances décisionnelles du pouvoir adjudicateur quant aux éléments qui pourraient poser question chez l'un ou l'autre soumissionnaire).

\* Enfin, et comme nous l'avons déjà souligné *supra* en ce qui concerne les critiques formulées dans le cadre de la première branche (point n° 26), il est important de replacer les prétentions de la requérante dans le contexte global.

Pour rappel, la présente critique formulée par Tempora (et c'est d'ailleurs le cas des autres critiques sur lesquelles nous revenons dans le présent mémoire) porte sur un élément qui a été relevé par le pouvoir adjudicateur dans le cadre de l'appréciation d'un des 6 volets (en l'occurrence le volet promotion) du sous-critère d'attribution "Plan d'affaires" – évalué sur 30 points – qui lui se rattache au premier critère d'attribution "Pertinence du plan d'affaires et de l'approche de la mission globale" – évalué sur 50 points –. En d'autres termes, et

sans préjudice du fait que cet élément (la connaissance du marché néerlandophone) a bel et bien été valorisé chez Tempora par le pouvoir adjudicateur, force est de constater qu'on se concentre ici sur un sous-détail qui ne justifierait certainement pas, si le pouvoir adjudicateur avait effectivement traité différemment les offres des deux soumissionnaires (*quod non*), une modification du score total obtenu par Tempora pour le sous-critère "Plan d'affaires" (18/30), dont l'aspect "connaissance du marché néerlandophone" n'a constitué qu'un infime élément d'appréciation dans le cadre de l'analyse de ce sous-critère.

57. Pour ces raisons, le rapport ne peut donc être suivi lorsqu'il conclut que la partie requérante démontrerait l'existence d'une différence de traitement non justifiée ("ou à tout le moins un défaut de motivation adéquat de l'acte attaqué"). En effet, le rapport d'attribution relève explicitement, en ce qui concerne l'offre de Tempora, que "le soumissionnaire a développé des partenariats structurels avec les médias belges de premier plan tels que le groupe Rossel et Mediahuis", valorisant ainsi, fut-ce implicitement mais certainement, la connaissance du marché néerlandophone via ces deux partenaires. Le fait que cet élément, d'ailleurs exprimé de manière assez neutre chez Kléber Rossillon, ait été relevé plus explicitement dans l'offre de cette dernière se comprenant d'ailleurs aisément, comme le relève Madame l'Auditeur, au regard de la nationalité – française – de la société et du devoir d'information reposant également sur les auteurs du rapport à l'égard de leurs instances décisionnelles quant aux questions que celles-ci pourraient se poser ».

#### *a.2. Appréciation du Conseil d'État*

Pour autant qu'il respecte les critères et sous-critères d'attribution définis par les documents du marché, le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir discrétionnaire dans le choix des éléments d'appréciation lui permettant de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse.

Le pouvoir adjudicateur doit toutefois procéder à une comparaison effective des offres. Pour ce faire, le principe d'égalité des soumissionnaires, notamment consacré par l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, implique que les offres soient examinées par le pouvoir adjudicateur selon les mêmes critères, dans le respect d'une unité d'appréciation de ces critères.

Il résulte du motif critiqué que le pouvoir adjudicateur a considéré, au stade de l'examen des offres, que le développement des marchés néerlandophones revêtait une certaine importance. Il en résulte également que le pouvoir adjudicateur a apprécié favorablement, et donc valorisé, dans l'offre de la société adjudicatrice, la présence d'un partenaire disposant d'une « expertise importante » permettant de garantir un tel développement.

Il n'a toutefois pas émis d'appréciation particulière au sujet de l'offre de la requérante quant à sa capacité à garantir le même résultat.

La partie adverse affirme avoir crédité l'offre de la requérante de la même

qualité, mais de manière implicite car, s'agissant d'une société belge, cette capacité à développer les marchés néerlandophones aurait été évidente. Pour la partie adverse, la mention d'un partenaire de la société Kléber Rossillon garant d'une « expertise importante » dans le développement de ces marchés serait en réalité une appréciation neutre, simplement formulée dans le rapport d'attribution pour rassurer le conseil d'administration de la partie adverse à ce sujet.

Cette explication ne peut être suivie.

Il n'est d'abord pas évident qu'une société, parce qu'elle est belge, dispose intrinsèquement d'une expertise pour développer, dans le cadre de la promotion d'une attraction touristique, les « marchés néerlandophones ». Il est en effet possible qu'une société située d'un côté de la frontière linguistique n'ait qu'une connaissance limitée du marché situé d'un autre côté d'une frontière linguistique, ou une capacité restreinte à aborder ce marché. Il est par ailleurs possible qu'une société ayant une bonne connaissance de l'ensemble du marché belge n'ait pas de connaissance particulière du marché hollandais. Or, en mentionnant les « marchés néerlandophones » au pluriel, l'acte attaqué semble bien se référer à la fois à la fois à la Flandre et aux Pays-Bas.

Il ne peut donc être considéré comme évident que l'offre de la requérante a été créditée d'une expertise dans le développement des marchés néerlandophones du seul fait qu'elle est une société belge et qu'elle a développé « des partenariats structurels avec les médias belges de premier plan tels que le groupe Rossel et Mediahuis ».

Ensuite, dès lors que le rapport d'attribution ne comporte aucune mention relative à la capacité de la requérante à développer les marchés néerlandophones, il faut en déduire que cet élément n'a pas joué dans l'évaluation de son offre. Dans la mesure où l'offre de sa concurrente a fait l'objet d'une appréciation favorable de ce point de vue, il s'agit d'une différence de traitement entre les deux offres et d'une rupture dans l'obligation de comparaison effective des offres.

Enfin, à la lecture de l'acte attaqué, la requérante a constaté que l'offre de sa concurrente a fait l'objet d'une appréciation positive concernant sa capacité à développer les marchés néerlandophones, mais elle n'a pas été en mesure de vérifier que ce même élément d'appréciation avait été examiné et pris en considération au sujet de son offre. Les explications contenues dans les écrits de la partie adverse ne peuvent pallier l'inadéquation de la motivation formelle de ce point de vue.

La critique est fondée.

*b. Grief relatif à l'appréciation différenciée dans l'évaluation du nombre de couverts*

*b.1. Thèses des parties*

Dans le cadre du premier sous-critère d'attribution (Plan d'affaires) du premier critère d'attribution (Pertinence du plan d'affaires et de l'approche de la mission globale), le rapport d'attribution comprend les appréciations suivantes au sujet du compte prévisionnel de la société Kléber Rossillon :

<p>⇒ un Compte d'Exploitation prévisionnel</p> <p>Le concessionnaire fournira un compte d'exploitation détaillé sur les 5 premières années comprenant au minimum les montants réservés aux postes RH, Communication (promotion et presse), frais de fonctionnement techniques, frais de fonctionnement administratifs, entretien du site, animations, investissements scénographiques et amortissements, compte d'exploitation.</p> <p>Il fournira des objectifs chiffrés de fréquentation et l'évolution de la clientèle sur base du plan d'action et des chiffres actuels transmis en annexe, ainsi que toutes les autres recettes (boutiques, animations, ...). Il justifiera également les hypothèses retenues pour établir ce plan.</p> <p>L'horeca et l'événementiel feront l'objet d'un compte d'exploitation détaillé repris dans le plan global d'exploitation.</p>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Le projet est très bien développé. La méthode de travail est celle des grands nombres c'est-à-dire par application de pourcentage ou coefficient sur le chiffre d'affaire par exemple). Ceci est conforme à une offre dans le cadre d'un marché public.</li><li>• Le soumissionnaire ne maîtrise pas encore totalement la législation belge mais ses partenaires offrent une garantie importante pour la réalisation du compte d'exploitation présenté.</li><li>• Après les vérifications arithmétiques et le recoupement du projet avec le plan d'affaires, il se dégage une impression de solidité et de cohérence.</li><li>• Le nombre de visiteurs retenus est supérieur à celui de l'étude indépendante. Il est optimiste mais paraît réaliste.</li><li>• Les frais généraux sont peu développés mais le volume de frais retenu dans sa globalité semble cohérent.</li><li>• La partie analyse des besoins de personnel pour assurer leur projet est très bien développée. Elle devra cependant être affinée en fonction de la législation belge.</li><li>• Au niveau de l'HORECA, le panier moyen est onéreux mais néanmoins justifié par le soumissionnaire. Compte tenu de son projet HORECA, il semble réaliste. Le nombre de couvert moyen/jour est de 255. Il faut donc pouvoir assumer des pointes estimées à 3 fois la moyenne, c'est-à-dire 715 couverts sur un jour en période de pointe. Le pouvoir adjudicateur estime cette moyenne réaliste compte tenu de la carte proposée.</li><li>• Le taux de consommation de matières premières est de 29 %, ce qui paraît un peu faible car le soumissionnaire ne bénéficiera pas d'un « effet de groupe ».</li><li>• Le taux de personnel/CA de 38 % est réaliste.</li><li>• La problématique du financement de l'opération aussi bien au niveau des investissements que du cash opérationnel est réaliste et ne pose aucun problème pour le soumissionnaire.</li><li>• Le soumissionnaire décrit un plan d'investissement important à hauteur d'1.500.000 € en fonds propres. Ces investissements seront immédiats, ce qui constitue une sécurité, une garantie pour le pouvoir adjudicateur. Les investissements se répartissent équitablement entre les aménagements extérieurs, l'horeca et les animations culturelles. Pour le pouvoir adjudicateur, ils sont tous destinés à enrichir le site et à augmenter son attractivité. Il n'y a pas de superflu.</li></ul>
--	---

La requérante dirige 3 griefs contre les motifs de l'acte attaqué appréciant la pertinence du compte d'exploitation prévisionnel du plan d'affaires joint à l'offre de la société Kléber Rossillon.

La requérante critique en particulier le motif selon lequel :

« Au niveau de l'Horeca, le panier moyen est onéreux mais néanmoins justifié par le soumissionnaire. Compte tenu de son projet Horeca, il semble réaliste. Le nombre de couverts moyen/jour est de 255. Il faut donc pouvoir assumer des pointes estimées à 3 fois la moyenne, c'est-à-dire 715 couverts sur un jour en période de



pointe. Le pouvoir adjudicateur estime cette moyenne réaliste compte tenu de la carte proposée ».

Elle rappelle que son offre prévoit un nombre de couverts moyens de 246 par jour, pour la première année d'exploitation, proche de celui proposé par l'attributaire du marché. Elle estime qu'il faut constater une différence de traitement avec la manière dont son offre a été examinée, « en ce sens que la partie adverse ne se réfère plus ici à un chiffre de 500 couverts/jour ».

Dans son mémoire en réponse, la partie adverse affirme avoir appliqué la même méthodologie pour évaluer « la capacité de maintenir une qualité de service identique en cas de pic d'affluence pour les deux soumissionnaires ». Elle explique que le calcul du pic d'affluence l'a amenée à « multiplier par 3 le nombre moyen de couverts/ jour en année 5 ».

Ce chiffre serait par ailleurs « à comparer avec la carte et la qualité de service proposées par les deux soumissionnaires ». Il existerait donc une différence avérée tant sur les chiffres avancés que sur le type de restauration proposée.

Dans son dernier mémoire, la partie adverse offre encore l'explication suivante :

« 63. Le rapport mentionne que la critique de la partie requérante serait fondée, et qu'il aurait ainsi été porté atteinte au principe d'égalité et de non-discrimination, dès lors que dans le cadre de l'appréciation des offres au regard de cet élément, le pouvoir adjudicateur a pris en compte un nombre moyen de couverts par jour non seulement distinct pour l'un et l'autre soumissionnaire (500 pour Tempora et 255 pour Kléber Rossillon) mais aussi qui ne correspondrait pas aux chiffres annoncés par les soumissionnaires dans leurs offres.

Cette analyse ne peut néanmoins être suivie, et ce pour les raisons suivantes.

64. Comme plus amplement développé ci-dessus (cf. points n° 37 à 39), le nombre moyen de couverts par jour de 500 pour Tempora et de 255 pour Kléber Rossillon provient d'une application qui a été réalisée par le pouvoir adjudicateur des ratios figurant dans le plan d'affaires des deux soumissionnaires. On relèvera que cette adaptation a été appliquée aux deux soumissionnaires, de la même manière, pour assurer la comparaison des offres. Cette adaptation se fonde néanmoins sur des données chiffrées qui proviennent des offres. Il ne s'agit donc pas de données arbitraires ou qui privilégieraient un soumissionnaire au détriment de l'autre. La partie adverse a juste appliqué les chiffres fournis par les soumissionnaires à un ratio d'ouverture des restaurants de 260 jours par an. Ce qui a été pris comme référence est donc le nombre de couverts par jour annoncé par chaque soumissionnaire, qui a été évalué sur un volume d'ouverture théorique de 5 jours ouvrables sur 7 par semaine, ce qui apparaissait une référence prudente.

Les données utilisées dans le cadre de ce calcul sont les suivantes (pour le calcul proprement dit, voy. *supra*, point n° 38):

- formule générale :  $(\text{nombre de visiteurs} \times \text{taux de captation}) / 260 \text{ jours}$  ;
- ce volume de 260 jours est un volume d'ouverture théorique établi sur une base 5/7 (5 jours d'ouverture sur 7), soit  $5 \text{ jours} \times 52 \text{ semaines}$  ;
- le calcul est établi en année 5.

En d’autres termes, les estimations de 500 couverts (pour Tempora) et 255 couverts (pour Kléber Rossillon) reposent sur un calcul clair (cf. supra) qui a été opéré de la même manière pour chacune des deux offres, et ce précisément afin d’obtenir un dénominateur commun, permettant au pouvoir adjudicateur de comparer les offres sur cet aspect.

65. À l’aune de ces développements, et plus spécifiquement du fait que le pouvoir adjudicateur a utilisé le même coefficient (260) précisément afin de pouvoir comparer les offres des soumissionnaires sur une même base, il est erroné de considérer qu’il y a eu une inégalité de traitement entre les deux soumissionnaires. L’on relèvera d’ailleurs que si le pouvoir adjudicateur avait utilisé un autre coefficient (par exemple 363 au lieu de 260), la proportion de couverts entre les deux soumissionnaires serait restée équivalente, et l’appréciation des offres au regard de cet élément par le pouvoir adjudicateur aurait dès lors été exactement similaire ».

## *b.2. Appréciation du Conseil d’État*

L’offre de la société Kléber Rossillon comprenait les informations suivantes au sujet du nombre de visiteurs Horeca et au sujet de leurs dépenses (page 30 de l’offre) :

- « • **Détail du chiffre d’affaires**  
 Le chiffre d’affaires de l’Horeca se décompose en 2 catégories :
- > Le réceptif correspond à la location des espaces du bâtiment de l’Hôtel du Musée pour des clients privés (entreprises, institutions, privés...). Notre estimation porte sur un nombre de location en appliquant une grille tarifaire en ligne avec la concurrence dans la région.
  - > La clientèle du restaurant est formée de 2 catégories qui fonctionnent selon des logiques distinctes et qu’il convient de satisfaire toutes deux :
    - Les clients extérieurs : ils sont attirés par le cadre, la possibilité de déjeuner en terrasse face à la butte et de bénéficier d’une offre adaptée aux familles. Nous estimons pouvoir attirer 70 couverts / jour à un ticket moyen de 20,6 € TTC.
    - Les touristes : ces derniers sont portés par le développement général du site. Notre expérience nous montre qu’avec une restauration de qualité, en ligne avec l’image du site, et à un prix raisonnable, nous pouvons attirer 16 % des touristes qui viennent au mémorial, pour un ticket moyen de 14,3 € TTC.
- L’offre de restauration légère assure quant à elle un revenu annuel de 80 k€. Ces hypothèses nous amènent à estimer un chiffre d’affaires Horeca qui atteint 1 397 k€ en 2023. Ce chiffre d’affaires assure une redevance annuelle de 72 k€ en 2023.
- **Résultats d’exploitation du restaurant**  
 En conséquence, le résultat d’exploitation Horeca en 2023 atteint 11,3 % du chiffres d’affaires, soit 108 k€ ».

Le compte résultat Horeca produit dans l’offre de la société Kléber Rossillon comporte par ailleurs, notamment, les informations suivantes (page 31 de l’offre) :

	2018	2019	2020	2021	2022	2023
Indicateurs						
Ticket moyen HT locaux	20,6 €	20,6 €	20,6 €	20,6 €	20,6 €	20,6 €

Ticket moyen HT touristes	14,3 €	14,3 €	14,3 €	14,3 €	14,3 €	14,3 €
Nombre de couverts / jour LOCAUX	70	71	72	73	74	75
Nombre de couverts / jour TOURISTES	70	92	114	136	129	132

Le même compte ne détaille pas le nombre de clients Horeca présent pour une « restauration légère » mais il précise que le chiffre d'affaires lié à cette clientèle sera de 80.000 euros pour les cinq premières années d'exploitation.

Au vu de ces chiffres, il est évident que le raisonnement que la partie adverse expose dans son dernier mémoire est vicié par plusieurs erreurs qui ont affecté la comparaison des offres.

La partie adverse a, comme pour l'offre de la requérante, procédé elle-même à un calcul du nombre de couverts par jours. Elle ne semble toutefois pas s'être aperçue de ce que les deux soumissionnaires n'ont pas utilisé la même logique dans la présentation de leurs chiffres, qu'ils n'ont pas utilisé la même définition du terme « couvert » et qu'ils n'ont pas calculé de la même manière leur « taux de captation ».

La requérante n'a pas détaillé, dans sa prévision du nombre de couverts par jour, les visiteurs locaux, les touristes et les personnes ne prenant qu'une simple consommation. Il résulte de son offre que le « couvert » est entendu par la requérante comme toute personne prenant au moins une consommation, même une simple boisson, dans le restaurant. Son « taux de captation Horeca » met en lien l'ensemble des visiteurs du site et ceux qui prennent au moins une consommation au restaurant.

La société Kléber Rossillon a, quant à elle, établi un nombre de couverts en ne prenant en considération que les visiteurs qui se restaurent, en distinguant, d'une part, les visiteurs locaux et, d'autre part, les touristes. Les visiteurs qui prennent une « restauration légère », dont il est précisé qu'il peut s'agir de boissons, de gaufres ou de glaces, ne sont pas intégrés dans les « couverts », leur contribution globale étant par ailleurs valorisée séparément dans le compte de résultat Horeca, au titre de la « restauration légère », à hauteur de 80.000 euros par an sur les cinq premières années d'exploitation. Le taux de captation Horeca utilisé par la société Kléber Rossillon met en lien l'ensemble des visiteurs du site et ceux qui, parmi les touristes uniquement, se restaurent au restaurant (sans tenir compte de ceux qui se limitent à de la petite restauration).

Dans son raisonnement relatif au caractère réaliste des cartes respectivement proposées par les soumissionnaires au regard du nombre annoncé de

clients, la partie adverse n'a pas tenu compte du fait que les deux soumissionnaires n'ont pas donné la même portée à la notion de « couvert », et n'ont pas calculé le taux de captation Horeca selon les mêmes paramètres.

L'acte attaqué surévalue, de ce fait, le nombre de couverts de la partie requérante ou, ce qui revient au même en l'espèce, sous-évalue le nombre de couverts de la société Kléber Rossillon.

La comparaison des offres, réalisée sur le fondement d'un tel raisonnement, n'est ni effective, ni conforme au principe d'égalité de traitement.

La critique est fondée.

### *c. Conclusion quant à la deuxième branche*

Au vu des deux griefs jugés fondés, il y a lieu de considérer qu'en sa deuxième branche, le moyen est fondé en tant qu'il dénonce une méconnaissance du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires.

Le premier moyen est fondé.

## *V. Autres moyens*

Le deuxième moyen, à le supposer fondé, ne pourrait mener à une annulation plus étendue. Il n'y a dès lors pas lieu de l'examiner.

## *VI. Indemnité de procédure et autres dépens*

Dans son mémoire en réplique, la partie requérante « sollicite qu'il lui soit accordée une indemnité de procédure [...] au montant de base, c'est-à-dire 700 € ».

Toutefois, depuis l'entrée en vigueur, le 9 juillet 2022, de l'arrêté ministériel du 22 juin 2022 relatif à l'indexation de l'indemnité de procédure visée à l'article 67 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat, le montant de base de l'indemnité de procédure s'élève désormais à 770 euros.

Dans ces circonstances, il y a lieu d'accorder une indemnité de procédure de 770 euros à la partie requérante.

Les autres dépens doivent aussi être mis à charge de la partie adverse, qui succombe.

**PAR CES MOTIFS,  
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :**

**Article 1<sup>er</sup>.**

La décision adoptée par le Conseil d'administration de la partie adverse le 11 septembre 2018, aux termes de laquelle il est décidé d'attribuer la concession de services relative à l'exploitation et au développement touristique du « Memorial 1815 » sur le site du champ de bataille de Waterloo à la Société Kléber Rossillon, est annulée.

**Article 2.**

La partie adverse supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 20 euros et l'indemnité de procédure de 770 euros accordée à la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles le 9 février 2024, par la VI<sup>e</sup> chambre du Conseil d'État, composée de :

Imre Kovalovszky,  
David De Roy,  
Xavier Close,  
Vincent Durieux,

président de chambre,  
conseiller d'État,  
conseiller d'État,  
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

Imre Kovalovszky