

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 204.014 du 18 mai 2010

G./A.196.433/VI-18.643

En cause : **la société anonyme INTERPARKING,**

ayant élu domicile chez
Me Stéphane NOPERE, avocat,
avenue Paul Hymans, n° 71,
1200 Woluwé-Saint-Lambert,

contre :

la commune d'Ixelles,

ayant élu domicile chez
Mes Patrick THIEL et
Christophe DUBOIS, avocats,
chaussée de La Hulpe, n° 178,
1170 Bruxelles.

**LE PRESIDENT F.F. DE LA VI^e CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT,
SIEGEANT EN REFERE,**

Vu la demande introduite le 10 mai 2010 par la société anonyme INTERPARKING, qui tend, selon la procédure d'extrême urgence, à la suspension de l'exécution de la décision prise le 29 avril 2010 par le conseil communal d'Ixelles d'attribuer la concession de la gestion du parking Flagey à la société anonyme Vinci Park Services Belgium;

Vu l'ordonnance du 11 mai 2010, notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 17 mai 2010 à 9 heures 30;

Vu la note d'observations et le dossier administratif;

Entendu, en son rapport, M. LEWALLE, Conseiller d'Etat, Président f.f.;

Entendu, en leurs observations, Me Stéphane NOPERE, avocat, comparaisant pour la partie requérante et Mes Patrick THIEL et Christophe DUBOIS, avocats, comparaisant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M^{me} WILLEMART, Auditeur au Conseil d'Etat;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973;

Considérant que les faits utiles à l'examen de la requête sont les suivants :

1. Le 27 novembre 2009, un avis, portant le titre de "Services", est publié au Bulletin des adjudications concernant la concession, pour une durée de 20 ans, de la gestion d'un parking souterrain sous la place Flagey d'une capacité de 186 places comprenant "des contraintes techniques et mesures de sécurité particulières".

L'avis précise que le dossier de sélection et les offres doivent parvenir à la commune d'Ixelles avant le 15 janvier 2010. Il renvoie, pour l'obtention des informations et du cahier de clauses et conditions contractuelles, à un agent de la commune.

2. Les contraintes techniques et les mesures de sécurité particulières dont il est question dans l'avis publié au Bulletin des adjudications, ont été précisées à l'article 18 du cahier des clauses et conditions contractuelles. Il y est mentionné que, "Lors de pluies exceptionnelles (à partir de 23mm en 1/2 h), le parking peut être inondé par les eaux excédentaires du bassin via des clapets d'exutoire de contre-pression".

La concession de service public offrirait à la commune d'Ixelles une réactivité plus rapide de l'exploitant en vue de remettre le parking en état à la suite d'une inondation et supprimerait, dans le chef de la commune, le risque financier lié à la fermeture et à la réparation des dégâts.

3. Compte tenu de ces contraintes techniques et des mesures de sécurité particulières, la société anonyme INTERPARKING a décidé de ne pas déposer de dossier de sélection et d'offre auprès de la commune d'Ixelles.

4. La société anonyme INTERPARKING déclare avoir été informée des suites de la procédure d'attribution de la concession de service public par le biais des articles de presse publiés le 13 février 2010, le 16 février 2010 et le 4 mars 2010.

Dans sa note d'observations, la partie adverse énonce que ce n'est que par un courrier daté du 22 mars 2010 que la requérante a pris contact par écrit avec la commune d'Ixelles aux fins d'obtenir communication du cahier des clauses et conditions contractuelles régissant la concession en cause.

5. Le 8 avril 2010, le conseil de la société anonyme INTERPARKING a adressé un courrier au Collège des Bourgmestre et Echevins de la commune d'Ixelles.

Dans ce courrier, il est fait état des éléments suivants:

" Il ressort à présent des éléments d'information que ma cliente m'a communiqué, et notamment d'articles de presse parus récemment, que les risques d'inondation du parking Flagey seraient désormais bien maîtrisés, en manière telle que les conditions applicables à l'exploitation du parking sont en réalité bien moins contraignantes que celles qui prévalaient lors du lancement de la procédure.

Ces éléments nouveaux justifient, de manière très claire, l'abandon de la procédure d'attribution en cours pour permettre une adaptation des conditions de la concession de service public, préalablement au lancement d'une nouvelle procédure d'attribution de manière à permettre à toute personne intéressée, dont ma cliente, d'y participer.

J'invite, à cet égard, la COMMUNE D'IXELLES à prendre attitude dans les meilleurs délais".

6. Le 21 avril 2010, le conseil de la société anonyme INTERPARKING a adressé un nouveau courrier au collège des bourgmestre et échevins de la commune d'Ixelles en l'absence de réponse donnée à son courrier du 8 avril 2010, afin notamment d'inviter la commune d'Ixelles "à prendre attitude concernant l'abandon de la procédure d'attribution en cours pour permettre une adaptation des conditions de la concession de service public, préalablement au lancement d'une nouvelle procédure d'attribution de manière à permettre à toute personne intéressée, dont ma cliente, d'y participer".

7. Le conseil communal a décidé, le 29 avril 2010, d'attribuer la concession de service public pour la gestion du parking Flagey à la société Vinci Park Services Belgium n.v..

Il s'agit de la décision attaquée.

8. Le 3 mai 2010, le conseil de la société anonyme INTERPARKING a adressé, par télécopie, un courrier au collège des bourgmestre et échevins de la commune d'Ixelles afin de l'inviter "à [lui] communiquer toute décision qui aurait été/serait prise dans ce dossier par le Collège des Bourgmestre et Echevins et/ou le

conseil communal concernant l'attribution de la concession de service public pour la gestion du parking Flagey".

9. Le 4 mai 2010, le conseil de la société anonyme INTERPARKING a adressé une mise en demeure au collège des bourgmestre et échevins de la commune d'Ixelles afin de se voir "communiquer, sans délai, toute décision qui aurait été/serait prise dans ce dossier par le Collège des Bourgmestre et Echevins et/ou le conseil communal concernant l'attribution de la concession de service public pour la gestion du parking Flagey";

Considérant que, à l'article 1^{er}, alinéa 2, du "cahier des clauses et conditions contractuelles relatif à la concession du parking public situé sous la place Flagey à Ixelles", joint à la décision du conseil communal d'Ixelles du 17 septembre 2009, figure la mention suivante :

" La présente concession n'est pas soumise à la réglementation sur les marchés publics mais le concédant est lié par les exigences de transparence, d'objectivité et de non discrimination entre les candidats concessionnaires. Pour cette raison, il est décidé de procéder à la publication d'un avis relatif au présent cahier des clauses et conditions contractuelles dans le Moniteur belge.[...]";

Considérant qu'il s'avère que l'avis se rapportant au présent marché a été publié non au Moniteur belge mais au Bulletin des adjudications le 27 novembre 2009; que cet avis porte qu'il s'agit de "Services"; que ces éléments pourraient indiquer que le marché en cause est, malgré la dénégation de la partie adverse, soumis à la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, telle que modifiée par l'arrêté royal du 29 septembre 2009; qu'il y a lieu, cependant, de s'en tenir, dans le cadre de la procédure d'extrême urgence, à la qualification retenue par la partie adverse, que ne conteste pas la requérante, l'examen de la recevabilité de la requête et du moyen unique n'exigeant pas que soit tranchée la question de la nature juridique exacte du marché;

Considérant que le recours à la procédure d'extrême urgence, qui réduit à un strict minimum l'exercice des droits de la défense et l'instruction de la cause, doit rester exceptionnel, et ne peut être admis qu'en cas d'imminence du péril que la procédure de suspension a pour objet de prévenir, et à la condition que les parties requérantes aient fait toute diligence pour prévenir le dommage et saisir le Conseil d'Etat dès que possible; que l'extrême urgence doit être appréciée non seulement en fonction de l'imminence de l'exécution effective de l'acte dont la suspension est

demandée, mais aussi de la date de la prise de connaissance de cet acte et de son caractère exécutoire, et en fonction de l'attitude des parties requérantes;

Considérant qu'en l'espèce, la décision attaquée a été prise par le conseil communal de la partie adverse le jeudi 29 avril 2010; que la présente requête a été introduite le lundi 10 mai 2010; qu'un délai de dix jours s'est écoulé entre celui de la prise de la décision attaquée et l'introduction de la requête; que la requérante allègue cependant qu'elle n'a pu recevoir copie de la décision attaquée, malgré ses courriers à la partie adverse; que, dans ces circonstances, la requérante paraît avoir fait preuve d'une suffisante diligence; que c'est à juste titre qu'elle fait valoir l'imminence de la conclusion du contrat avec une société concurrente; que le recours à la procédure d'extrême urgence paraît dès lors suffisamment justifié;

Considérant que selon l'article 17, § 1^{er}, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, le Conseil d'Etat ne peut ordonner la suspension de l'exécution d'un acte administratif qu'à la condition que l'acte soit susceptible d'être annulé en vertu de l'article 14, §§ 1^{er} et 3, desdites lois;

Considérant qu'aux termes de l'article 17, § 2, alinéa 1^{er}, des mêmes lois, "la suspension de l'exécution ne peut être ordonnée que si des moyens sérieux susceptibles de justifier l'annulation de l'acte ou du règlement attaqué sont invoqués et à condition que l'exécution immédiate de l'acte ou du règlement risque de causer un préjudice grave difficilement réparable";

Considérant qu'en l'espèce, la requérante reconnaît qu'elle n'a pas déposé de dossier de sélection et d'offre en vue de l'attribution de la concession de gestion du parking Flagey; qu'elle entend cependant prévenir l'irrecevabilité de sa requête pour défaut d'intérêt en faisant valoir qu'elle "critique précisément, dans son moyen unique, le fait que les conditions initiales d'exploitation du parking Flagey, qui l'avaient conduit[e] à ne pas déposer de dossier de sélection et d'offre, ont évolué entre le moment où la procédure a été lancée et le moment où la décision d'attribution a été prise"; qu'ainsi, *prima facie*, la recevabilité de la requête est indissociable du sérieux du moyen soulevé par la requérante;

Considérant que la requérante prend un moyen unique, qu'elle formule dans les termes suivants :

" Exposé du moyen unique

Le moyen unique est pris de la violation des principes d'égalité et de non-discrimination consacrés par les articles 10 et 11 de la Constitution, des principes généraux de bonne administration, de transparence et de mise en concurrence, ainsi que de l'excès de pouvoir;

En ce que le Conseil communal d'IXELLES aurait décidé, le 29 avril 2010, d'attribuer la concession de service public pour la gestion du parking Flagey à une firme spécialisée concurrente de la S.A. INTERPARKING en se basant sur les contraintes techniques et les mesures de sécurité particulières, telles qu'elles avaient été décrites dans la décision du Conseil communal d'IXELLES du 17 septembre 2009 et dans le cahier des clauses et conditions contractuelles relatif à la concession y annexé;

Alors qu'en procédant de la sorte, la partie adverse a violé les principes visés au moyen, puisqu'elle aurait dû abandonner la procédure d'attribution en cours pour permettre une adaptation des conditions de la concession de service public, préalablement au lancement d'une nouvelle procédure d'attribution permettant à toute personne intéressée, dont la S.A. INTERPARKING, d'y participer.

Développement du moyen

Les contraintes techniques et les mesures de sécurité particulières dont il est question dans l'avis publié au Bulletin des adjudications (pièce n/1) concernaient la possibilité d'inondation du parking Flagey lors d'événements pluviométriques importants, aggravée par le fait que le parking sert de trop-plein pour les eaux excédentaires du bassin d'orage.

La concession de service public offrirait à la COMMUNE D'IXELLES une réactivité plus rapide de l'exploitant en vue de remettre le parking Flagey en état suite à une inondation et supprimerait, dans le chef de la commune, le risque financier lié à la fermeture et à la réparation des dégâts.

Compte tenu de ces contraintes techniques et des mesures de sécurité particulières, telles qu'elles avaient été décrites dans la décision du Conseil communal d'IXELLES du 17 septembre 2009 et dans le cahier des clauses et conditions contractuelles relatif à la concession y annexé (pièce n/ 11), la S.A. INTERPARKING a décidé de ne pas déposer de dossier de sélection et d'offre auprès de la COMMUNE D'IXELLES.

Dans le cadre du déroulement de la procédure d'attribution de la concession de service public, il est apparu que les risques d'inondation du parking Flagey seraient désormais bien maîtrisés, en manière telle que les conditions applicables à l'exploitation du parking sont devenues bien moins contraignantes que celles qui prévalaient lors du lancement de la procédure.

Il résulte ainsi:

- d'un article publié dans le journal La Libre Belgique du 13 février 2010 (pièce n/ 2) que d'après les explications données par le Bourgmestre de la COMMUNE D'IXELLES, Monsieur Willy DECOURTY, quant à l'exploitation du parking, « tout est en ordre au niveau de la commune d'Ixelles », « le parking est aménagé et peut donc fonctionner » et que les deux problèmes subsistant au niveau régional concernant les ascenseurs et concernant l'absence de transfert de la propriété du parking à la Région en raison des travaux d'infiltration à réaliser avant la réception définitive du chantier, devraient « en principe » être résolus rapidement d'après les autorités communales;

- d'un article publié dans le journal Le Soir du 4 mars 2010 (pièce n/4) que d'après les affirmations de la Ministre Madame HUYTEBROECK, «les problèmes d'étanchéité sont résolus» et que le vide technique appelé à se muer en parking a bien résisté à la tempête qui s'est abattue sur Bruxelles en octobre 2009, puisque celui-ci « n'a été à aucun moment atteint par les eaux ce qui n'a pas été le cas par exemple du parking souterrain du site de Tours & Taxis ou encore de plusieurs parkings situés en centre-ville », ce qui «selon la ministre offre certaines assurances ».

Ces éléments nouveaux justifiaient l'abandon de la procédure d'attribution en cours pour permettre une adaptation des conditions de la concession de service public, préalablement au lancement d'une nouvelle procédure d'attribution, de manière à permettre à toute personne intéressée, dont la S.A. INTERPARKING, d'y participer.

Malgré les courriers d'avertissement qui lui ont été adressés par le conseil de la S.A. INTERPARKING en date du 8 avril et du 21 avril 2010 (pièces n/ 5 et 6), la COMMUNE D'IXELLES aurait quand même décidé, le 29 avril 2010, d'attribuer la concession de service public pour la gestion du parking Flagey à une firme spécialisée concurrente de la S.A. INTERPARKING.

Ce faisant, la COMMUNE D'IXELLES a méconnu les principes d'égalité et de non-discrimination, les principes généraux de bonne administration, de transparence et de mise en concurrence, et elle a commis un excès de pouvoir, en attribuant la concession de service public, sans prendre en considération la modification des conditions d'exploitation du parking en cours de procédure, qui aurait dû l'amener à abandonner la procédure en cours, à adapter le cahier des charges applicable au parking et à recommencer une nouvelle procédure d'attribution.

En agissant comme elle l'a fait, la COMMUNE D'IXELLES a manqué de transparence dans l'exercice de ses prérogatives et elle n'a pas permis à la S.A. INTERPARKING d'être mise en concurrence, de manière loyale, avec la firme spécialisée à qui la concession a été attribuée, puisque les conditions initiales d'exploitation du parking Flagey avaient amené la S.A. INTERPARKING à ne pas déposer de dossier de sélection et d'offre et que ces conditions ont évolué par la suite.

La S.A. INTERPARKING n'a pas été traitée de manière égalitaire et non-discriminatoire par la COMMUNE D'IXELLES dans le cadre de la procédure d'attribution de la concession de service public.

Le moyen unique est sérieux";

Considérant que, par le moyen unique ainsi formulé, la requérante reproche à la partie adverse non pas d'avoir décidé d'attribuer la concession de gestion du parking Flagey en méconnaissance des conditions prévues dans l'avis de marché, pas plus qu'elle ne lui fait grief d'avoir modifié ces conditions postérieurement à l'ouverture des offres, mais, très précisément, d'avoir attribué la concession de gestion "en se basant sur les contraintes techniques et les mesures de sécurité particulières, telles qu'elles avaient été décrites dans la décision du conseil communal d'IXELLES du 17 septembre 2009 et dans le cahier des clauses et conditions contractuelles relatif à la concession y annexé"; que le moyen revient, dès lors, à reprocher à la partie

adverse d'avoir attribué le marché en respectant les conditions prévues au cahier des clauses et conditions contractuelles, ce qui devrait conduire à le déclarer non sérieux sans plus ample inventaire; que, cependant, la requérante affirme que, parmi les exigences techniques, figuraient celles de contraintes et de mesures de sécurité particulières destinées à éviter l'inondation du parking "lors d'événement pluviométriques importants", compte tenu du fait que ce parking sert de trop-plein aux eaux excédentaires du bassin d'orage situé sous la place Flagey, que ces contraintes étaient telles qu'elle avait décidé, dans un premier temps, de se désintéresser du marché et de ne pas déposer d'offre, mais qu'à partir du moment où ces exigences se révélaient en grande partie inutiles, la situation étant maîtrisée et le risque d'inondation n'étant pas à craindre, la partie adverse ne pouvait plus attribuer le marché selon les conditions prévues, qu'elle devait, au contraire, abandonner la procédure d'attribution en cours, adapter les conditions de la concession et lancer une nouvelle procédure d'attribution, lui offrant ainsi une nouvelle occasion d'y participer;

Considérant que, prima facie, la requérante ne peut être suivie en ce qu'elle soutient qu'en attribuant le marché aux conditions prévues, la partie adverse a méconnu la règle de l'égalité de traitement ainsi que les principes généraux de bonne administration, de transparence et de mise en concurrence; que la requérante ne peut que s'en prendre à elle-même de n'avoir pas déposé d'offre dans le délai fixé en réponse à l'avis publié au bulletin des adjudications le 27 novembre 2009 et de n'avoir demandé communication du cahier des clauses et conditions contractuelles que le 22 mars 2010; que c'est indûment qu'elle reproche à la partie adverse de s'en être tenue aux conditions prévues alors que les précautions imposées par certaines d'entre elles s'avéraient superflues en fait, ce que dénie la partie adverse; qu'elle reste en défaut de citer quelque disposition législative ou réglementaire qui eût obligé la partie adverse, dans les circonstances de l'espèce, à abandonner la procédure d'attribution du marché pour excès de précaution; que le moyen unique n'est pas sérieux; que, partant, la requérante est, prima facie, sans intérêt à agir,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête est rejetée.

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 175 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le dix-huit mai deux mille dix par :

M. LEWALLE,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me} HUGÉ,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

C. HUGÉ.

P. LEWALLE.