

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n° 246.928 du 30 janvier 2020

A. 229.719/VI-21.666

En cause : **la société anonyme INTERPARKING,**
ayant élu domicile chez
M^{es} Bruno LOMBAERT, Rony VERMEERSCH et
Nicolas CARIAT, avocats,
Central Plaza
rue de Loxum 25
1000 Bruxelles,

contre :

**l'Agence du stationnement de la Région
de Bruxelles-Capitale** (parking.brussels),
ayant élu domicile chez
M^e Eric VAN HOOYDONK, avocat,
Emiel Banningstraat 21
2000 Anvers.

Partie intervenante :

la société anonyme INDIGO PARK BELGIUM.
ayant élu domicile chez
M^{es} Barteld SCHUTYSER, Robin MEYLEMANS et
Gauthier VLASSEN BROECK, avocats,
avenue Louise 99
1050 Bruxelles.

I. Objet des requêtes

Par une requête introduite le 9 décembre 2019, la société anonyme INTERPARKING demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision du conseil d'administration de l'Agence du stationnement de la Région de Bruxelles-Capitale (parking.brussels) du 18 novembre 2019 attribuant à INDIGO PARK BELGIUM le contrat de concession ayant pour objet «équipement et exploitation du parking public régional souterrain 'LOI' situé sous la Rue de la Loi [...]»".

Par une requête introduite le 20 janvier 2020, la société anonyme INTERPARKING poursuit l'annulation de la même décision.

II. Procédure

Par une ordonnance du 10 décembre 2019, l'affaire a été fixée à l'audience du 10 janvier 2020.

La note d'observations et le dossier administratif ont été déposés.

Par une requête introduite le 6 janvier 2020, la société anonyme INDIGO PARK BELGIUM demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66, 6°, et à l'article 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.

M. Imre KOVALOVSKY, président de chambre, a exposé son rapport.

M^{es} Bruno LOMBAERT et Julia SIMBA, avocats, comparaissant pour la partie requérante, M^{es} Joris VAN RAEMDONCK et Jorge CHAVEZ ARESTEGUI, *loco* M^e Eric VAN HOOYDONK, avocats, comparaissant pour la partie adverse, et M^{es} Barteld SCHUTYSER et Robin MEYLEMANS, avocats, comparaissant pour la partie intervenante, ont été entendus en leurs observations.

M. Denis DELVAX, premier auditeur au Conseil d'État, a été entendu en son avis conforme.

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

III. Exposé des faits utiles

La partie adverse résume comme suit les faits de la cause :

- " 1. La partie défenderesse est la société anonyme de droit public Agence du stationnement de la Région de Bruxelles-Capitale. Elle est un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 2, 1°, c) de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession.
2. La partie défenderesse a lancé une procédure d'attribution d'une concession de services soumise aux exigences de publicité européenne, ayant pour objet l'«Équipement et exploitation du parking public régional souterrain 'LOI' situé sous la Rue de la Loi» avec la référence PB.A19/475.
3. La partie requérante était un soumissionnaire dans cette procédure.

À l'origine, le parking était exploité par la partie requérante sur base d'un bail emphytéotique d'une durée de 50 ans. Ce bail a pris fin le 19 novembre à minuit. À la fin du bail emphytéotique, la partie requérante a été désignée temporairement en tant que concessionnaire pour une période transitoire.

4. L'avis de concession a été publié au Bulletin des adjudications le 4 juillet 2019 et au Journal officiel de l'Union européenne le 9 juillet 2019.

Un premier avis modificatif a été publié au Bulletin des adjudications le 14 août 2019 et au Journal officiel de l'Union européenne le 19 août 2019, en vue de reporter la date ultime de dépôt des offres, initialement fixée le 3 septembre 2019, au 1^{er} octobre 2019.

Un second avis modificatif a été publié au Bulletin des adjudications le 4 septembre 2019 et au Journal officiel de l'Union européenne le 9 septembre 2019, en raison du dépôt sur la plateforme électronique des réponses de la partie défenderesse aux questions des soumissionnaires.

Un troisième avis modificatif a été publié au Bulletin des adjudications le 12 septembre 2019 et au Journal officiel de l'Union européenne le 17 septembre 2019, en raison d'une modification apportée au formulaire d'offre.

Eu égard à sa nature et à ses caractéristiques, il n'est pas contesté que le contrat à attribuer constitue une concession (de services) et pas un marché public.

Comme le confirment les points 1.2 et 2.2 du cahier des charges, la concession est en conséquence régie par la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession et par l'arrêté royal du 25 juin 2017 relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession.

5. Les documents de concession étaient disponibles par des moyens électroniques.

Outre le cahier des charges, les documents de concession comprenaient en tant qu'annexes :

- une liste de recommandations d'investissements relatifs aux équipements;
- le formulaire d'offre, dont la version initiale du 4 juillet 2019 a été modifiée par la partie défenderesse le 12 septembre 2019;
- le permis d'environnement relatif au parking, tel que reconduit et modifié en 2016;
- des plans techniques du parking;
- un inventaire relatif à la présence d'amiante ;
- le modèle de convention relative au téléjalonnement dynamique des parkings situés sur le territoire de la Région, à conclure entre la Région, le concessionnaire et la partie défenderesse.

6. Par son cahier des charges, la partie défenderesse a entendu organiser une procédure d'attribution ne comprenant pas de phase distincte relative à la sélection qualitative (les opérateurs étant invités à démontrer la satisfaction des exigences relatives à la sélection qualitative lors du dépôt de leur offre initiale) et ménageant la possibilité de négociation des offres initiales ainsi que l'attribution de la concession sur la base d'offres améliorées.

7. L'objet de la concession était défini de manière alternative et envisageait (outre la possibilité pour chaque soumissionnaire de proposer une ou plusieurs variantes libres) deux possibilités distinctes d'exploitation du parking et donc d'exécution de la concession par le concessionnaire:

1) l'optimisation (impliquant une diminution du nombre d'emplacements), l'équipement et la gestion du parking pour une période de 10 ans. Cette configuration était qualifiée «offre de base» par le cahier des charges;

2) l'équipement et la gestion du parking sans des travaux d'optimisation pour une durée de 10 ans. Cette configuration était qualifiée «variante obligatoire» par le cahier des charges.

Les dispositions du cahier des charges concernant l'objet de la concession énonçaient en particulier ce qui suit :

« La concession a pour objet les travaux d'optimisation (sur base des recommandations annexées au CSC), l'équipement (livraison, installation et maintenance comprises) et l'exploitation (gestion quotidienne) du parking public régional souterrain 'LOI', situé sous la rue de la loi et dont l'entrée principale se situe rue de la Loi 19 à 1040 Bruxelles.

Le 20 novembre 2019, la Région de Bruxelles-Capitale redeviendra plein propriétaire du parking en raison de l'extinction du bail emphytéotique conclu en 1969. La Région de Bruxelles-Capitale sera alors en charge de l'exploitation du parking. Sur base de l'article 29 de l'Ordonnance du 22 janvier 2009, parking.brussels a été mandaté pour reprendre sa gestion opérationnelle.

À cette fin, l'Agence du stationnement désigne, au terme de la présente procédure, le concessionnaire qui se chargera effectivement de l'optimisation, de l'équipement et de la gestion journalière de l'exploitation du parking.

Concrètement, le parking offre actuellement 1109 emplacements pour voitures. 972 à destination du public et 137 places pouvant être réservées à des fonctions de bureaux, de haute technologie ou de production de biens immatériels (Cf. Permis d'Environnement annexé au CSC).

Le parking se compose de 3 niveaux en sous-sol :

au niveau -1 : 302 emplacements de parking ; au niveau -2 : 402 emplacements de parking ; et au niveau -3 : 402 emplacements de parking.

Le soumissionnaire proposera à minima :

- une offre de base pour l'optimisation, l'équipement et la gestion du parking pour une capacité minimale de 800 places – post-optimisation selon les recommandations annexées (ex : places plus larges et confortables, autres...);
- une offre pour la variante obligatoire qui consiste à équiper et gérer le parking tel qu'il existe actuellement sans modifications substantielles ;

L'offre de base et la variante doivent également intégrer une offre de stationnement sécurisée pour vélo d'une capacité totale de minimum 200 places. L'offre doit également être répartie au sein du parking en fonction des accès et cheminements cyclistes/piétons».

À la page 15 du cahier des charges, on trouve une description plus détaillée des deux hypothèses :

« **2.7.1. Offre de base – 800 places – 10 ans**

Pour son offre de base, le soumissionnaire considère une offre pour l'optimisation, l'équipement et la gestion du parking considérant une capacité minimale de 800 emplacements.

Pour l'optimisation du parking, le soumissionnaire considérera obligatoirement les recommandations d'investissements annexés au cahier des charges.

L'offre de base considère une durée de concession de 10 ans.

2.7.2. Variante obligatoire 1 – 1109 places - 10 ans

En annexe à son offre de base, le soumissionnaire introduit obligatoirement une offre pour l'équipement et la gestion totale du parking tel qu'il existe aujourd'hui, c'est-à-dire sans réaménagement notable et considérant environ 1109 emplacements.

L'offre variante obligatoire 1 considère une durée de concession de 10 ans».

8. Le cahier des charges énonçait que les offres seraient évaluées conformément à 3 critères d'attribution, pondérés de la manière suivante :

- Critère A (60%), «Prix offert» : un critère financier destiné à évaluer et à valoriser le montant des redevances proposées par le concessionnaire ;
- Critère B (25%), «Equipements et service» : un critère qualitatif destiné à évaluer et à valoriser la qualité des équipements et des services offerts ;
- Critère C (15%), «Approche stratégique» : un critère qualitatif destiné à évaluer et à valoriser la qualité de l'approche stratégique.

Les dispositions pertinentes du cahier des charges se lisent comme suit (page 17-19) :

« 2.1.1. Critères d'attribution

Le Pouvoir adjudicateur se réserve le droit de demander à tous les soumissionnaires, avant l'attribution de la concession, toutes les explications complémentaires sur la documentation technique jointe à leurs offres, toutes les explications dont elle aurait besoin pour évaluer les offres remises.

Le Pouvoir adjudicateur choisit l'offre qu'il juge la plus intéressante. Les critères d'attribution pour la comparaison des offres et la détermination de l'offre la plus intéressante sont, par ordre décroissant de leur importance.

N°	Critères	Poids (en points)
A	Prix offert	60
B	Équipements et Services Offerts	25
C	Approche stratégique	15
Total		100

A. Prix offert (poids 60 points)

Le prix, tel que défini à l'article 2.3 du présent cahier des charges, constitue le premier critère d'attribution. L'offre la plus avantageuse financièrement pour le Pouvoir Adjudicateur se verra attribuer le maximum de points pour ce critère. Le Pouvoir Adjudicateur procédera à la comparaison des prix et motivera sa note sur base de différents scénarii.

Le prix du soumissionnaire doit obligatoirement inclure:

- Redevance fixe annuelle
- Redevance variable annuelle basée sur les résultats, en incluant les résultats prévisionnels sur la durée de la concession

B. Equipements et Services offerts (poids 25 points)

La qualité des équipements, services et les garanties que le candidat peut offrir en la matière constituent le deuxième critère d'attribution. L'évaluation portera notamment sur la comparaison des investissements consentis par le soumissionnaire candidat, la comparaison des équipements choisis, le nombre de collaborateurs affectés à la gestion du parking, la qualité et la diversité des services offerts à la clientèle, l'efficacité des modalités d'intervention et la fréquence de l'entretien, en ce compris le nettoyage, etc.

Afin de faciliter la comparaison des offres, le soumissionnaire doit remettre impérativement son mémoire technique en numérotant et séparant les chapitres tels qu'ils sont définis ci-dessous :

B.1. Equipements

- Une note détaillant l'ensemble des équipements et software installés, conformément
- aux prescriptions de la partie technique du cahier des charges ;
- Une note financière détaillant les investissements consentis ;
- Une note expliquant la gestion de la sécurité et de la (vidéo)surveillance ;
- Un plan d'implantation provisoire des équipements et de la signalisation ;

Une attention particulière sera également accordée à l'organisation et la planification des travaux d'optimisation et d'équipement du parking, et enfin au délai de mise en exploitation du parking. Dans son offre, le candidat élabore un planning prévisionnel (retro-planning) couvrant l'ensemble des tâches de la phase préparatoire à l'exécution de la concession, c'est-à-dire à la mise en exploitation du parking.

B.2. Services au client

- Une note détaillant le parcours client : de l'obtention des droits d'accès, à la tarification (éventuellement préférentielle) et au paiement ;
- Une note détaillant les services et produits offerts dans le parking ;
- Une note détaillant les moyens humains et techniques dédiés à la clientèle;
- Une note détaillant le fonctionnement d'une interphonie effective 7j/7 24h/24.

Le soumissionnaire propose en outre un projet de *Service Level Agreement* (SLA) qui se basera au minimum sur les éléments suivants :

- Calendrier des interventions, contrôle, entretien, nettoyage, maintenance, réparation
- des équipements d'exploitation, des techniques, et du bâtiment ;

- Opérations, moyens et délais relatifs à la sécurité et à la (vidéo)-surveillance ;
- Opérations, moyens et délais relatifs à la prévention et à lutte incendie ;
- Opérations, moyens et délais relatifs au contact avec la clientèle ;
- Exigences et moyens en termes de pratiques des langues.

C. Approche stratégique (poids 15 points)

Il s'agit de la vision du candidat concernant l'intégration du parking dans la politique de stationnement globale dans la Région de Bruxelles-Capitale et tenant compte des spécificités de la localisation du parking dans le développement des aspects de mobilité, des conditions d'exploitation, etc.

La note stratégique doit alimenter l'approche stratégique du candidat. La note s'articulera notamment autour des éléments suivants :

- Vision à 5 ans et à 10 ans et les implications en termes d'évolutivité des services offerts ;
- Conditions d'exploitation privilégiées pour le parking suivant ses expériences, sa vision, le lieu... éventuellement corrélé à une variante libre ;
- Comment le parking pourrait se muer à court et moyen terme en hub multimodal».

9. On lit les dispositions concernant l'attribution de la concession au point 2.13 du cahier des charges (page 20). Ces dispositions se lisent comme suit :

« 2.13. Attribution de la concession

L'attribution de la concession se fait conformément l'article 55 de la Loi relative aux contrats de concessions.

Le Pouvoir adjudicateur attribue la concession à l'offre régulière qui recueille le maximum de points sur la base des critères mentionnés au point 2.11. ci-avant. Pour être régulière, l'offre doit être conforme aux exigences formulées dans le présent cahier des charges et celles prévues dans l'article 46 § 1 de la Loi relative aux contrats de concessions ainsi qu'à l'article 30 de l'arrêté royal du 25 juin 2017 relatif à la passation et aux règles d'exécution des contrats de concession.

L'offre qui n'est pas conforme aux exigences essentielles est automatiquement rejetée pour irrégularité substantielle. À ce titre, seront nécessairement et automatiquement rejetées les offres :

- dont le formulaire n'est pas entièrement complété ou pas valablement signé ;
- dont les autres documents constitutifs de l'offre ayant un impact sur le prix ne sont pas valablement signés ;
- sont introduites tardivement, après jour et heure de la séance d'ouverture des offres ;
- ne sont pas conformes :
 - o aux dispositions du point 1.1.2 du présent cahier des charges (description objet de la concession) et aux exigences essentielles des spécifications techniques (partie II du cahier des charges) ;
 - o aux dispositions du point 2.3.1 du présent cahier des charges (éléments compris dans les prix) ;
 - o aux dispositions du point 2.10 du présent cahier des charges (délai de validité des offres).

10. La date limite pour la remise des offres initiales était fixée (après avoir été modifiée par le premier rectificatif à l'avis de concession) au 1^{er} octobre 2019 à 12 heures.

11. Quatre soumissionnaires, y compris la partie requérante, ont présenté leur offre.

12. La partie défenderesse a identifié des irrégularités dans l'offre initiale de la partie requérante concernant le régime applicable aux 137 emplacements dans le parking soumis à la taxe COBRACE.

Le 14 octobre 2019, la partie défenderesse a adressé un courriel à la partie requérante pour l'inviter à corriger et régulariser l'offre.

Le 22 octobre 2019, la partie requérante a transmis à la partie défenderesse les corrections.

13. Le 18 novembre 2019, le conseil d'administration de la partie défenderesse a adopté une décision d'attribution de la concession, attribuant la concession à INDIGO PARK BELGIUM.

Ladite décision est l'acte attaqué.

Ci-dessous, la partie défenderesse ajoute les extraits de ladite décision concernant l'évaluation des offres.

En ce qui concerne le critère A (prix):

«

a. Prix offert (60 points)

Offres		Attribution - Prix			
		Apcoa	Effia	Indigo	Interparking
Offre de base	Fixe/an htva	100000 (indexé 2%/an)	350.000,00 €	625.000,00 €	678.822,00 €
	Variable (% CA HTVA)	8% < 900.000	25% < année 6		
		81% > 900.000 < 1.300.000	35% > année 6 < année 10	60% > 1.550.000 < 1.650.000	1%
		95% > 1.300.000 < 1.400.000	+ 70% de la part supérieure à 2.200.000€ (année pleine)	à 85% > 1.650.000	
		99% > 1.400.000			
Variante obligatoire	Fixe/an htva	110.000,00 €	445.000,00 €	625.000,00 €	827.113,00 €

Offre de base	Variable (% CA HTVA)	8% < 900.000	25% < année 6		
		81% > 900.000 < 1.300.000	35% > année 6 < année 10	60% > 1.550.000 < 1.650.000	1%
		95% > 1.300.000 < 1.400.000	+ 70% de la part supérieure à 2.200.000€ (année pleine)	à 85% > 1.650.000	
		99% > 1.400.000			
	Fixe/an htva	/	300.000,00 €	625.000,00 €	636.882,00 €
Variante libre	Variable (% CA / HTVA)		20% < année 2		
			25% > année 2 < année 6		
			35% > année 6 < année 10	60% > 1.550.000 < 1.650.000	1%
			+ 70% de la part supérieure à 2.200.000€ (année pleine)	à 85% > 1.650.000	

Analyse :

Une analyse basée sur différents scénarii a dû être réalisée pour donner une cotation objective aux différentes offres de prix. Ces scénarii se basent sur 3 niveaux de chiffre d'affaire : 1.600.000 (bas), 1.900.000 (moyen), haut (2.200.000). Ces estimations sont basées sur les business plan des candidats. Il a également été nécessaire d'appliquer une note spécifique à la partie « fixe » du prix, une redevance fixe étant considérée comme plus avantageuse qu'une redevance variable. La matrice suivante met en évidence les forces et faiblesses des offres des candidats :

BASE	Apcoa			Effia			Indigo			Interparking		
	low	med	high	low	med	high	low	med	high	low	med	high
score fix+var /30	28	30	30	30	25	19	22	24	24	24	13	1
score fix /30	0	0	0	2	2	2	27	27	27	30	30	30
score tot /60	28	30	30	32	26	21	49	51	51	54	43	31
score final			34,93			31,18			60,00			50,66

Var obligatoire	Apcoa			Effia			Indigo			Interparking		
	low	med	high	low	med	high	low	med	high	low	med	high
score fix+var /30	25	30	30	30	28	22	18	23	24	27	21	11
score fix /30	0	0	0	4	4	4	20	20	20	30	30	30
score tot /60	25	30	30	34	32	26	38	44	44	57	51	41
score final			34,33			37,25			50,59			60,00

Var libre	Apcoa			Effia			Indigo			Interparking		
	low	med	high	low	med	high	low	med	high	low	med	high
score fix+var /30				30	29	24	25	30	30	25	19	8
score fix /30		nc		0	0	0	29	29	29	30	30	30
score tot /60				30	29	24	54	59	59	55	49	38
score final			nc			28,55			60,00			48,92

Conclusion :

- APCOA

Offre de base : remet un prix potentiellement intéressant en cas de bonne performances du parking grâce à une part variable élevée. Cependant la part fixe est très limitée alors qu'il s'agissait d'un critère important pour parking.brussels. La note globale s'en trouve impactée.

Variante obligatoire : l'offre reste comparable.

Variante libre : pas de variante libre ;

- Effia

Offre de base : remet un prix potentiellement intéressant si et seulement si les performances commerciales du parking sont limitées. Alors la part variable offre dans un cas un avantage comparatif. Dans tous les autres cas, la part fixe relativement limitée impacte négativement la note.

Variante obligatoire : l'offre devient plus intéressante mais néanmoins toujours en retrait.

Variante libre : la baisse du revenu fixe dégrade la note même si l'offre se justifie en regard du projet proposé ;

- Indigo

Offre de base : remet un prix intéressant et équilibré pour tous les cas de figures. Une part fixe importante garantit une rémunération intéressante alors qu'un revenu variable intéressant augmente le revenu espéré en cas de bonnes performances du parking.

Variante obligatoire : l'offre reste identique et équilibrée mais alors davantage concurrencée par l'offre d'Interparking.

Variante libre : l'offre reste identique et équilibrée ;

- Interparking

Offre de base : privilégie le prix fixe. Le prix fixe le plus élevé garantit un revenu intéressant pour tous les cas de figures. Néanmoins, le revenu variable étant très faible, il n'existe pas de potentiel à la hausse en cas de bonne performances et son avantage comparatif se réduit avec la hausse du chiffre d'affaire.

Variante obligatoire : le prix fixe augmente encore jusqu'à couvrir le potentiel d'une rémunération variable.

Variante libre : comparable à l'offre de base.

Notes pondérées critère Prix :

Offres	Attribution - Prix			
	Apcoa	Effia	Indigo	Interparking
Offre de base	34,93	31,18	60,00	50,66
Variante obligatoire	34,33	37,25	50,59	60,00
Variante libre	nc	28,55	60,00	48,92

».

En ce qui concerne le critère B (équipements et services offerts):

«

Conclusion

APCOA :

- **Equipements :** L'offre d'APCOA est relativement courte et le soumissionnaire ne fournit que peu d'information (fiches techniques...). D'un point de vue technique, il ne fait cependant aucun doute que le matériel fourni répond aux exigences du cahier des charges. En termes d'investissements le métré d'APCOA semble limité compte tenu des aménagements demandés par le PA. Il n'existe pas de distinction particulière pour la variante obligatoire.
- **Services :** L'offre d'APCOA reste courte et le soumissionnaire se contente du minimum requis par le cahier des charges. Les moyens humains mis en œuvre restent compétitifs mais les services additionnels offerts dans le parking sont basiques. Il n'existe pas de distinction particulière pour la variante obligatoire.

EFFIA :

- **Equipements :** L'offre d'Effia est très documentée et de nombreuses informations techniques sont fournies. Néanmoins l'offre perd quelques fois en lisibilité du fait d'informations répétitives. D'un point de vue technique, il ne fait aucun doute que le matériel fourni répond aux exigences du cahier des charges. En termes d'investissements le métré d'Effia rassure mais certains postes auraient dû être prévus de base. Le métré « variante obligatoire » est très étudié et permet de limiter les investissements au maximum, malheureusement sans avantage sur le prix. Effia se distingue clairement sur la qualité de sa variante libre ambitieuse qui place la « mobilité » plutôt que la voiture au centre du parking.
- **Services :** L'offre d'Effia se différencie par l'importance accordée aux services de mobilité, surtout en ce qui concerne la variante libre. Les moyens humains mis en œuvre sont dans la moyenne mais le SLA ne rassure pas quant à la capacité du candidat à prendre en charge la maintenance complète du parking, équipements existants compris. La variante obligatoire restreint quelque peu les services et la variante libre va plus loin en termes de titres d'accès.

INDIGO :

- **Equipements :** L'offre d'Indigo est très documentée et de nombreuses informations techniques sont fournies. D'un point de vue technique, il ne fait aucun doute que le matériel fourni répond aux exigences du cahier des charges. En termes d'investissements le métré d'Indigo est très cohérent et rassure quant à la capacité du soumissionnaire à « rénover » le parking. Les variantes obligatoires et libres ne sont pas spécifiquement étudiées, néanmoins elles n'ont pas de conséquence sur l'offre de prix. Le prix élevé en variante libre est justifié comme une liberté laissée au pouvoir adjudicateur de prévoir ses propres aménagements.
- **Services :** L'offre Indigo reste équilibrée et se distingue par l'importance donnée aux procédures et à la qualité du service. Il en résulte des moyens humains rassurants en quantité et en qualité et des services offerts dans le parking assez larges. Il n'existe pas de distinction particulière pour les variantes obligatoire et libre.

INTERPARKING :

- **Equipements** : L'offre d'Interparking est bien documentée mais peu de fiches techniques sont fournies. D'un point de vue technique, il ne fait aucun doute que le matériel fourni répond aux exigences du cahier des charges. En termes d'investissements le mètre d'Interparking est très intéressant et est le reflet d'une volonté de « rénover » durablement le parking. La variante obligatoire est logiquement la plus économe étant donné ses équipements déjà sur place. La variante libre est très comparable à l'offre de base mais ajoute un recycleur d'air.
- **Services** : L'offre Interparking reste équilibrée et se distingue également par l'importance donnée aux procédures et à la qualité du service. Il en résulte des moyens humains rassurants en quantité et en qualité et des services offerts dans le parking assez larges. Les indicateurs mentionnés dans le SLA sont les plus rassurants. Il n'existe pas de distinction particulière pour les variantes obligatoire et libre.

Notes pondérées critère équipements et services offerts :

B / 25	APCOA	EFFIA	Indigo	Interparking
Tot base	16,20	19,91	20,83	22,22
Tot var obl	15,74	20,37	20,37	22,69
Tot var lib		21,76	20,37	22,22

».

En ce qui concerne le critère C (approche stratégique) :

«

c. Approche stratégique (15 points)

La méthodologie d'analyse peut se résumer de la manière suivante. Le CSC précisait les trois critères d'attribution et leur pondération respective :

Sur un total de 100 points, le prix représente 60 points, les équipements et services offerts représentent 25 points et l'approche stratégique représente 15 points. Pour chaque sous-point (ex : équipements ; note financière, etc.) on utilise l'échelle de points suivante : insuffisant = 0, très faible = 1, faible = 2, moyen = 3, bon = 4, très bon = 5, excellent = 6, sur base de l'analyse qui sera faite des éléments demandés, de leur présence, de leur qualité, etc. Les résultats sont ensuite additionnés et ramenés au poids du critère.

Conclusion C. Approche stratégique :

APCOA : La vision est relativement générale et peu spécifique au contexte du parking Loi. Elle est relativement « actuelle » sans être visionnaire. Un accent est toutefois apporté sur les services aux cyclistes.

Les conditions d'exploitations ne permettent pas le stationnement rotatif en dehors des heures de présence du personnel. Les tarifs sont proches de ceux proposés par le PA. Les abonnements sont les moins chers.

EFFIA : La vision est détaillée et anticipe les enjeux des prochaines années. Elle est adaptée au contexte du parking et assez « publique » dans l'esprit. L'accent semble mis sur la complémentarité avec le transport public métro.

Les conditions d'exploitations semblent permettre le stationnement rotatif en dehors des heures de présence du personnel. Les tarifs rotatifs sont identiques à ceux proposés par le PA. Les formules d'abonnement sont originales mais finalement dans la moyenne des tarifs des autres offres.

INDIGO : La vision est détaillée et anticipe les enjeux des prochaines années. Elle est adaptée au contexte du parking et s'inscrit très clairement dans la stratégie du gouvernement. L'accent semble mis sur la complémentarité avec les autres modes de mobilité. Les actions CSR sont également mises en avant.

Les conditions d'exploitations permettent le stationnement rotatif en dehors des heures de présence du personnel. Les tarifs rotatifs sont inférieurs à ceux proposés par le PA car dégressifs, mais le candidat compense par des formules d'abonnement plus chères que les autres candidats.

INTERPARKING : La vision anticipe les enjeux des prochaines années mais pourrait aller plus loin. Elle est adaptée au contexte du parking et la logique de report vers le centre-ville est intégrée. L'accent sur les évolutions des modes d'accès. Les actions CSR sont également présentées.

Les conditions d'exploitations permettent le stationnement rotatif en dehors des heures de présence du personnel. Les tarifs rotatifs plus chers que ceux proposés par le PA mais le candidat offre une réduction de 30% via Mobib pour favoriser le report. Les prix des abonnements sont dans le moyenne.

Notes pondérées approche stratégique :

C /15	APCOA	EFFIA	Indigo	Interparking
Tot base	10	12,5	13,75	12,5
Tot var obl	10	12,5	13,75	12,5
Tot var lib		13,75	12,5	12,5

».

Sur la base de l'évaluation et des notes (l'analyse complète est présentée sous la forme d'un tableau comparatif dans la pièce I.27 du dossier administratif), la partie défenderesse a établi les classements suivants:

«

VI. CLASSEMENTS

Attendu que les totaux des offres se présentent comme suit, dans l'ordre de leur classement :

POUR BASE	Prix	Equipements et services	Approche stratégique	TOTAL
INDIGO	60,00	20,83	13,75	94,58
INTERPARKING	50,66	22,22	12,5	85,38
EFFIA	31,18	19,91	12,5	63,59
APCOA	34,93	16,20	10	61,13
POUR VAR OBLIG	Prix	Equipements et services	Approche stratégique	TOTAL
INTERPARKING	60,00	22,69	12,5	95,19
INDIGO	50,59	20,37	13,75	84,71
EFFIA	37,25	20,37	12,5	70,12
APCOA	34,33	15,74	10	60,07
POUR VAR LIB	Prix	Equipements et services	Approche stratégique	TOTAL
INDIGO	60,00	20,37	12,5	92,87
INTERPARKING	48,92	22,22	12,5	84,71
EFFIA	28,55	21,76	13,75	64,06
APCOA	nc	nc	nc	nc

».

Dans la décision querellée, la partie défenderesse a décidé d'attribuer la concession au soumissionnaire qui avait remis la meilleure offre de base. Elle a motivé la décision comme suit :

- « Attendu que le marché de base sera préféré aux variantes obligatoires et libres car il est le plus cohérent et équilibré dans le contexte actuel est futur du parking et en regard notamment des éléments suivants :
- Les offres pour le marché de base peuvent être comparées de manière objective car tous les candidats ont bien compris les demandes du PA;

- Il rééquilibre la place donnée à chaque mode sans être en rupture avec sa fonction actuelle;
- Il répond dès-lors à la demande actuellement constatée et est un premier pas dans la direction d'une stratégie régionale menée à évoluée à terme;
- Il inclut un réaménagement du parking qui n'est pas prévu en variante obligatoire, ce qui améliorera la sécurité et le confort du parking ainsi que son accessibilité pour les PMR;
- Il inclut un renouvellement total des équipements d'exploitation;
- À noter que la variante libre n'aurait pas pu être attribuée sans nouvelle procédure sur des critères identiques car les offres sont trop différentes à ce stade.

Compte tenu de ces éléments et compte tenu du fait que le marché de base génère une rémunération toujours intéressante pour le pouvoir adjudicateur, il ne fait aucun doute que le **marché de base offre l'avantage économique global le plus intéressant pour le pouvoir adjudicateur**».

Le dispositif de la décision se lit comme suit :

«

VII. DECISION

Le Conseil d'administration décide (CA A19/18.11.2019/A/0001) :

- Article 1 : d'opter pour le marché de base ;
- Article 2 : par conséquent d'attribuer le marché de base à INDIGO PARK ;
- Article 3 : de déléguer la signature des courriers de notification à la direction.

».

La décision est adoptée le 18 novembre 2019 et notifiée à la partie requérante par un courrier recommandé daté du 21 novembre 2019 et par un courriel du 25 novembre 2019".

IV. Intervention

Par une requête introduite le 6 janvier 2020, la société anonyme INDIGO PARK BELGIUM, demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En tant qu'attributaire de la concession litigieuse, elle a un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. Recevabilité

V.1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse conteste la recevabilité du recours. Elle soutient que l'offre de la requérante est substantiellement irrégulière et qu'en cas d'annulation de l'acte attaqué la concession ne pourrait lui être attribuée.

Après avoir rappelé qu'une concession ne peut ne peut être attribuée qu'à un soumissionnaire qui a présenté une offre régulière, et ce en vertu de l'article 46, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, la partie adverse souligne que les dispositions de l'article 30 de l'arrêté royal du 25 juin 2017 relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession, qui établit le régime applicable aux irrégularités, s'inspirent forment de l'article 76, §§ 1^{er} à 4, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques. Elle souligne que l'irrégularité substantielle se définit comme "celle qui est de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, à entraîner une distorsion de concurrence, à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ou à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues" et que le pouvoir adjudicateur est tenu de déclarer nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle, sans disposer d'aucun pouvoir discrétionnaire à cet égard.

Elle expose ce qui suit:

" 17. Le cahier des charges contenait les informations suivantes en ce qui concerne d'éventuelles irrégularités dans la présentation des offres, qui figurent au point 2.13 (page 20) :

« L'attribution de la concession se fait conformément l'article 55 de la Loi relative aux contrats de concessions.

Le Pouvoir adjudicateur attribue la concession à l'offre régulière qui recueille le maximum de points sur la base des critères mentionnés au point 2.11. ci-avant. Pour être régulière, l'offre doit être conforme aux exigences formulées dans le présent cahier des charges et celles prévues dans l'article 46 § 1 de la Loi relative aux contrats de concessions ainsi qu'à l'article 30 de l'arrêté royal du 25 juin 2017 relatif à la passation et aux règles d'exécution des contrats de concession.

L'offre qui n'est pas conforme aux exigences essentielles est automatiquement rejetée pour irrégularité substantielle. À ce titre, seront nécessairement et automatiquement rejetées les offres:

- dont le formulaire n'est pas entièrement complété ou pas valablement signé ;
- dont les autres documents constitutifs de l'offre ayant un impact sur le prix ne sont pas valablement signés ;
- sont introduites tardivement, après jour et heure de la séance d'ouverture des offres ;
- ne sont pas conformes :
 - o aux dispositions du point 1.1.2 du présent cahier des charges (description objet de la concession) et aux exigences essentielles des spécifications techniques (partie II du cahier des charges) ;
 - o aux dispositions du point 2.3.1 du présent cahier des charges (éléments compris dans les prix) ;
 - o aux dispositions du point 2.10 du présent cahier des charges (délai de validité des offres)».

18. Dans le cas présent, l'offre de la partie requérante comportait plusieurs irrégularités concernant les 137 emplacements dans le parking soumis à la taxe

COBRACE.

Les intentions de la partie défenderesse étaient précisées dans les documents de concession.

Au point 1.1.2. (page 8) du cahier des charges, on lit ce qui suit :

« Concrètement, le parking offre actuellement 1109 emplacements pour voitures. 972 à destination du public et 137 places pouvant être réservées à des fonctions de bureaux, de haute technologie ou de production de biens immatériels (Cf. Permis d'Environnement annexé au CSC)».

Au point 5.1.1.1. (page 36) du cahier des charges on lit :

« Bruxelles Environnement autorise 137 emplacements gérés dans le cadre d'une activité soumise par le COBRACE».

La partie défenderesse a précisé ses intentions concernant le COBRACE dans un document avec des informations complémentaires communiquées suite à la visite du parking organisée le 22 août 2019:

« COBRACE : Le pouvoir adjudicateur transfèrera le permis d'environnement au futur exploitant. Tout taxe éventuelle (ex : COBRACE) liée aux conditions de ce permis d'environnement pour l'année 2020 et suivantes sera donc à charge de l'exploitant. Si le futur exploitant a prévu dans son business plan de ne plus délivrer d'abonnements concernés par la taxe, ce dernier sera libre d'introduire une demande de modification de PE avant l'année 2020».

Au moyen du forum (voir <https://enot.publicprocurement.be/enot-war/preViewNotice.do?noticeId=346629>), la partie défenderesse l'a rappelé une fois de plus aux soumissionnaires, en disant ce qui suit :

« En ce qui concerne la taxe environnementale, le permis d'environnement stipule qu'elle est due si les 137 emplacements "réservés à des fonctions de bureau" sont effectivement loués à cet effet».

19. Malgré le fait que la partie défenderesse ait clairement fait connaître ses intentions en ce qui concerne les 137 emplacements, la partie requérante a commis une erreur dans son offre à cet égard (tant en ce qui concerne l'offre de base que les variantes obligatoire et gratuite).

Dans la partie 4.2 «L'APPROCHE STRATEGIQUE» de l'offre de la partie défenderesse, on lit ce qui suit.

Au point 4.2.2 «les usagers cibles» (page 2-3), dernier paragraphe, on lit :

« Bien que le COBRACE ne s'applique pas aux parkings publics, conformément au 'point 2, du paragraphe 3 de l'article 2.3.52 de la section 2 de l'Ordonnance portant le Code bruxellois de l'Air, du Climat et de la Maîtrise de l'Energie du 2 mai 2013', dans notre offre (offre de base, variante obligatoire et variante libre) nous avons pris le parti conformément au CSC et aux informations qui nous ont été communiquées par le pouvoir adjudicateur de prendre les mesures nécessaires en début de concession pour ne plus proposer aucun abonnement au secteur tertiaire. Cette décision de ne plus avoir de place réservée pour les fonctions de bureaux, de haute technologie ou de productions de biens immatériels nécessitera une modification du permis d'exploitation, ne prendra cours qu'à partir de l'année 2021 et engendrera une diminution du chiffre d'affaires à partir de cette date. Ces éléments ont d'ores et déjà été intégrés dans notre offre (offre de base, variante obligatoire et variante libre) [...]».

Et au point 4.2.4 «Politique tarifaire en fonction des différentes catégories d'usagers» (page 12) :

« Abonnements Classiques – non riverains

Concernant les abonnements classiques, nous tenons à rappeler que nous avons prévu dans notre offre de ne plus délivrer d'abonnements pour les fonctions de bureaux, de haute technologie ou de production de biens immatériels. Cette décision nécessitera une modification du permis d'exploitation, ne prendra cours qu'à partir de l'année 2021 et engendrera une diminution du chiffre d'affaires à partir de cette date. Ces éléments ont d'ores et déjà été intégrés dans notre offre (offre de base, variante obligatoire et variante libre). Les usagers de ce secteur paieront le tarif rotatif classique.

Les abonnements 'non riverain' 24h/7 délivrés aux usagers d'autres secteurs que celui précité seront refacturés au prix mensuel TVAC de 208 € [...].

Ainsi, la partie requérante a stipulé dans son offre originale de ne plus délivrer des abonnements soumis au COBRACE à partir de 2021, supposément suite à une décision de la partie défenderesse. La partie requérante a ajouté explicitement que la redevance offerte tenait compte d'une baisse de chiffre d'affaires à partir de 2021 suite à cela.

Il faut souligner que seule la partie requérante a appliqué une telle interprétation erronée du cahier des charges.

Dans son offre initiale, la requérante a proposé les redevances fixes suivantes (HTVA) :

Pour l'offre de base : 569.994,00 EUR

Pour la variante obligatoire : 718.285,00 EUR

Pour la variante libre : 528.054,00 EUR

Les redevances variables offertes étaient, tant pour l'offre de base que pour l'offre pour les variantes, de 0,01 % du chiffre d'affaires annuel.

20. La partie défenderesse a constaté ces irrégularités concernant les conditions d'exploitation relatives aux 137 emplacements soumis à la taxe COBRACE et en a informé la partie requérante par courrier du 14 octobre 2019.

La partie défenderesse a donné la possibilité à la partie requérante de régulariser l'offre en application de l'article 30, § 2 de l'arrêté royal du 25 juin 2017 relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession, cité ci-dessus.

La partie requérante a régularisé son offre en modifiant l'approche stratégique. Elle a transmis une version corrigée de ce document à la partie requérante.

Ci-dessous, les paragraphes modifiés sont cités.

Au point 4.2.2 «les usagers cibles» (page 2-3) :

« Bien que le COBRACE ne s'applique pas aux parkings publics, conformément au 'point 2, du paragraphe 3 de l'article 2.3.52 de la section 2 de l'Ordonnance portant le Code bruxellois de l'Air, du Climat et de la Maîtrise de l'Energie du 2 mai 2013', nous avons pris le parti, dans notre offre (offre de base, variante obligatoire et variante libre), de respecter le cahier spécial des charges, le permis d'environnement qui nous sera transféré et l'ensemble des informations qui nous ont été communiquées par le pouvoir adjudicateur».

Au point 4.2.4 «Politique tarifaire en fonction des différentes catégories d'usagers» (page 12) :

« Abonnements Classiques – non riverains

Concernant les abonnements classiques délivrés pour les fonctions de bureaux, de haute technologie ou de production de biens immatériels, ceux-ci seront refacturés au prix mensuel de 272,79 € TVAC (= 208 € TVAC + 64,79 € TVAC pour une contribution à la taxe COBRACE)

Les abonnements 'non riverain' 24h/7 délivrés aux usagers d'autres secteurs que celui précité seront refacturés au prix mensuel TVAC de 208 € ».

La partie requérante a changé les redevances fixes offertes comme suit :

Pour l'offre de base : 678.822,00 EUR

Pour la variante obligatoire : 827.113,00 EUR

Pour la variante libre : 636.882,00 EUR

La redevance variable offerte est restée constante.

Les redevances fixes indiquées ci-dessus sont supérieures d'environ 100.000 euros par rapport aux redevances fixes initialement proposées.

21. Bien que la défenderesse ait d'abord considéré que l'irrégularité commise ne constituait pas une irrégularité substantielle, il faut conclure qu'il s'agissait en fait d'une telle irrégularité substantielle.

Comme on l'a vu plus haut, dans le paragraphe 9, le cahier des charges prévoyait expressément que les offres qui n'étaient pas conformes aux dispositions du point 1.1.2 du cahier des charges (description objet de la concession) et aux exigences essentielles des spécifications techniques (partie II du cahier des charges) seraient nécessairement et automatiquement rejetées. Dans ce point 1.1.2 du cahier des charges et dans la partie II du même cahier, on trouve des dispositions concernant les 137 emplacements et le régime applicable. Comme l'offre de la partie requérante n'est pas conforme à ces dispositions, l'offre aurait dû être déclarée nulle et rejetée.

En plus, l'irrégularité commise correspond à la définition de l'«irrégularité substantielle» visée ci-dessus, à savoir : «celle qui est de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, à entraîner une distorsion de concurrence, à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ou à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues».

Comme indiqué précédemment, sur base de son interprétation erronée, la requérante a présenté une première offre de redevances que Votre Conseil devrait considérer comme irrégulière. Ces redevances étaient significativement inférieures aux redevances proposées par les autres soumissionnaires. Ainsi, l'évaluation de l'offre et la comparaison aux autres offres étaient fortement entravées. Dans le domaine du droit des marchés publics, Votre Conseil a déjà considéré que les irrégularités essentielles à l'offre de prix soumise par le soumissionnaire conduisent à une irrégularité substantielle. Cette jurisprudence doit également s'appliquer dans le domaine des concessions.

En outre, le caractère essentiel des conditions d'exploitation des 137 places de stationnement concernées est confirmé par le dépôt même par la partie requérante d'une nouvelle offre, qui comportait une modification substantielle des redevances. En fait, en «régularisant» son offre initiale et en offrant de nouvelles redevances, la partie requérante a en réalité proposé une offre nouvelle et améliorée. Selon la jurisprudence de la Cour de justice, il n'est pas permis de répondre à une demande d'amélioration d'une offre formulée par le pouvoir adjudicateur en présentant une nouvelle offre.

22. Par conséquent, la partie requérante n'a aucun intérêt à la procédure. Si la décision querellée était suspendue ou annulée, une nouvelle décision de la partie défenderesse confirmerait simplement l'irrégularité de l'offre et l'impossibilité d'attribuer la concession à la partie requérante.

Ainsi, le recours de la partie requérante est irrecevable."

V.2. Thèse de la partie intervenante

Après avoir rappelé les principes relatifs à la régularité des offres, la partie intervenante fait valoir ce qui suit:

" 25. Interparking a excédé les limites de la régularisation et a déposé une nouvelle offre – son offre est irrégulière. Il ressort de la décision d'attribution que la première offre d'Interparking était affectée d'une irrégularité substantielle en ce qu'elle était fondée sur une «mauvaise interprétation (...) des volontés du pouvoir adjudicateur en ce qui concerne les conditions d'exploitation relatives aux

137 emplacements soumis à la taxe COBRACE selon le permis d'environnement». parking.brussels a considéré que cette «mauvaise interprétation» constituait «plusieurs irrégularités non substantielles», qui de par leur cumul, étaient «de nature à empêcher l'évaluation de l'offre et la comparaison de celle-ci avec les autres offres» [...]. parking.brussels a ensuite accordé la possibilité à Interparking de régulariser son offre, en application de l'article 30, § 2 de l'arrêté royal sur la passation des concessions.

Il ressort de la note d'observations de parking.brussels (p. 22 et suivantes) qu'Interparking a profité de cette possibilité pour apporter deux modifications à son offre :

– 1^{ère} modification : Interparking a mis son offre en conformité avec les documents de marché en ce qui concerne le sort des places de parking soumises à la taxe COBRACE.

– 2^{ème} modification : Interparking a modifié les redevances offertes en les augmentant de +/- 100.000 EUR :

	Avant régularisation	Après régularisation
Offre de base	569.994,00 EUR	678.822,000 EUR
Variante obligatoire	718.285,00 EUR	827.113,00 EUR
Variante libre	528.054,00 EUR	636.882,00 EUR

En modifiant sa redevance, Interparking a excédé les deux limites du mécanisme de régularisation exposées supra [...]:

- Interparking a modifié un élément essentiel de son offre (les redevances proposées) et s'est arrogé un avantage par rapport aux autres soumissionnaires ;
- Interparking ne s'est pas limitée à corriger l'élément irrégulier de son offre mais a modifié ses redevances qui n'étaient pourtant pas irrégulières.

Conformément à la jurisprudence de Votre Conseil citée supra [...], la modification qu'Interparking a irrégulièrement apportée à son offre a pour conséquence l'irrégularité de cette dernière.

26. L'offre d'Interparking est irrégulière, de sorte qu'Interparking ne dispose pas d'un intérêt au recours. Puisque l'offre d'Interparking est irrégulière, Interparking ne peut avoir d'intérêt au recours. En cas de suspension et d'annulation de la décision attaquée, son offre devrait de toute façon être écartée par parking.brussels".

V.3. Appréciation du Conseil d'État

En l'espèce, la requérante a déposé offre pour la concession litigieuse. Le pouvoir adjudicateur n'a pas constaté d'irrégularité de celle-ci. Lorsqu'une partie adverse oppose à un recours une exception d'irrecevabilité déduite d'une irrégularité de l'offre d'une partie requérante qui n'a pas été préalablement décelée par le pouvoir adjudicateur, il n'appartient pas au Conseil d'État de déclarer cette offre irrégulière alors que le pouvoir adjudicateur ne l'a lui-même pas qualifiée de la sorte au cours de la procédure d'attribution de la concession litigieuse. Pour cette raison, il n'a pas à vérifier si l'offre est entachée de l'irrégularité que dénonce la partie adverse.

L'exception d'irrecevabilité du recours doit, au stade actuel de la procédure, être rejetée.

VI. Premier moyen

VI.1. Thèses des parties

A. Thèse de la partie requérante

Le premier moyen est pris de la violation

- " - des principes de transparence, de proportionnalité, d'égalité de traitement et de non-discrimination entre les opérateurs économiques;
- des articles 10 et 11 de la Constitution;
- de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concessions, notamment de ses articles 24, alinéa 1^{er} et 38;
- de l'arrêté royal du 25 juin 2017 relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession, notamment de ses articles 2, 17° et 17, 1°;
- du cahier spécial des charges, notamment en ses points 2.11 et 2.13;
- du principe *patere legem quam ipse fecisti*;
- du devoir de minutie et du principe selon lequel une autorité administrative doit faire reposer ses appréciations sur des motifs exacts, pertinents et légalement admissibles;
- de l'erreur manifeste d'appréciation",

en ce que "la partie adverse a, en adoptant la décision d'attribution attaqué, décidé d'écarter la variante obligatoire et d'attribuer la concession à la meilleure offre pour la seule offre de base;

alors que "les règles et principes visés au moyen ne l'autorisaient pas à écarter la variante obligatoire et lui imposaient d'attribuer la concession à l'offre régulière ayant obtenu la meilleure note conformément aux critères d'attribution, à savoir l'offre de la requérante en vue d'exécuter la variante obligatoire, qui a obtenu la note de 95,19/100, qui est une note supérieure à la note de 94,58/00 obtenue par INDIGO PARK BELGIUM pour l'offre de base.

La requérante développe le moyen de la manière suivante :

- " 27. L'article 24, alinéa 1^{er}, de la Loi Concessions dispose que «[L]es adjudicateurs passent et exécutent les concessions dans le respect des principes de non-discrimination et d'égalité de traitement des opérateurs économiques, et agissent de manière transparente et proportionnée» [...]. L'article 38, alinéa 2, de la Loi Concessions ajoute explicitement que les règles d'attribution d'une concession définies par un pouvoir adjudicateur dans les documents de concession se doivent d'être intégralement conformes aux principes garantis par l'article 24, alinéa 1^{er}, de la même loi. Les principes de transparence et d'égalité imposent notamment à tout pouvoir adjudicateur:
 - de communiquer aux soumissionnaires tous les éléments nécessaires afin de leur permettre d'élaborer leur offre en parfaite connaissance de cause en vue de se voir attribuer la concession;
 - d'informer les soumissionnaires quant au déroulement de la procédure et de respecter subséquemment la procédure qu'il s'est ainsi lui-même fixée.

28. La Loi Concessions ne comporte aucune disposition relative aux variantes. L'Arrêté Concessions définit la notion de variante comme «un mode alternatif de conception ou d'exécution qui est introduit soit à la demande de l'adjudicateur, soit à l'initiative du concessionnaire» (Art. 2, 17°).

L'[article] 17, 1°, du même arrêté impose pour le surplus que, lorsque des variantes sont prévues, les documents de concession indiquent les modalités et conditions de mise en œuvre desdites variantes. Ainsi, comme le précise le rapport au Roi, «quant à la passation de la concession, les documents de concession devront ainsi prévoir : la description des lots et les modalités de remise d'offres pour ces lots (un, tous, plusieurs), ainsi que les dispositions encadrant les variantes et les options de sorte qu'un soumissionnaire ne remette pas plusieurs offres pour une seule concession» [...].

29. En l'espèce, le cahier des charges (outre qu'il prévoyait la possibilité de variantes libres) imposait aux soumissionnaires de remettre offre pour deux modalités alternatives nettement distinctes d'exploitation du parking et donc d'exécution de la concession :

- (i) la transformation du parking de 1109 emplacements (impliquant une diminution du nombre d'emplacements) suivie de l'équipement et de la gestion du parking transformé pour une période de 10 ans (cette configuration étant qualifiée d'«offre de base» par le cahier des charges);
- (ii) l'équipement et l'exploitation du parking tel qu'actuellement configuré (1109 emplacements, sans réaménagement notable), également pour une durée de 10 ans (cette configuration étant qualifiée de «variante obligatoire» par le cahier des charges).

Le cahier des charges ne mentionnait à cet égard :

- (i) aucune préférence de la partie adverse pour l'une ou l'autre de ces configurations;
- (ii) aucune précision relative à la temporalité, aux conditions et aux modalités d'un éventuel choix entre ces deux configurations par la partie adverse ou par une autre instance;
- (iii) aucune disposition relative aux modalités de fonctionnement et de levée de ladite «variante obligatoire» et à son articulation avec ladite «offre de base».

Les dispositions pertinentes du cahier des charges relatives à l'objet de la concession et aux variantes énonçaient uniquement, de manière minimale, ce qui suit [...] :

« 1.1.2. **Objet de la concession**

Le soumissionnaire proposera à minima:

- une offre de base pour l'optimisation, l'équipement et la gestion du parking pour une capacité minimale de 800 places - post-optimisation selon les recommandations annexées (ex: places plus larges et confortables, autres [...]);
- une offre pour la variante obligatoire qui consiste à équiper et gérer le parking tel qu'il existe actuellement sans modifications substantielles; [...].»

« 2.7.1. **Offre de base - 800 places - 10 ans**

Pour son offre de base, le soumissionnaire considère une offre pour l'optimisation, l'équipement et la gestion du parking considérant une capacité minimale de 800 emplacements.

Pour l'optimisation du parking, le soumissionnaire considèrera obligatoirement les recommandations d'investissements annexés au cahier des charges.

L'offre de base considère une durée de concession de 10 ans.

2.7.2. Variante obligatoire 1 - 1109 places - 10 ans

En annexe à son offre de base, le soumissionnaire introduit obligatoirement une offre pour l'équipement et la gestion totale du parking tel qu'il existe aujourd'hui, c'est-à-dire sans réaménagement notable et considérant environ 1109 emplacements.

L'offre variante obligatoire 1 considère une durée de concession de 10 ans».

30. Le cahier des charges énonçait également que les offres seraient évaluées conformément aux critères d'attribution et que la concession serait attribuée à l'offre la mieux notée (sans opérer aucune distinction ou restriction entre les offres de base et les variantes).

Les dispositions pertinentes du cahier des charges se lisent comme il suit [...] :

« **2.11. Critères d'attribution (...)**

Le Pouvoir adjudicateur choisit l'offre qu'il juge la plus intéressante. Les critères d'attribution pour la comparaison des offres et la détermination de l'offre la plus intéressante sont, par ordre décroissant de leur importance.

N°	Critères	Poids (en points)
A	Prix offert	60
B	Equipements et Services Offerts	25
C	Approche stratégique	15
Total		100

[...]».

« **2.13. Attribution de la concession**

L'attribution de la concession se fait conformément [à] l'article 55 de la Loi relative aux contrats de concessions.

Le Pouvoir adjudicateur attribue la concession à l'offre régulière qui recueille le maximum de points sur la base des critères mentionnés au point 2.11. ci-avant. [...]».

Les documents de concession ne créent donc aucune hiérarchie ou aucune autre règle de priorité entre l'offre de base et la variante obligatoire, qui sont placées strictement sur un même pied.

31. Au terme de son évaluation des offres conformément aux critères d'attribution, la partie adverse a noté et classé les offres de la manière suivante, en distinguant l'offre de base, la variante obligatoire et les variantes libres [...] :

«

VI. CLASSEMENTS

Attendu que les totaux des offres se présentent comme suit, dans l'ordre de leur classement :

POUR BASE	Prix	Equipements et services	Approche stratégique	TOTAL
INDIGO	60,00	20,83	13,75	94,58
INTERPARKING	50,66	22,22	12,5	85,38
EFFIA	31,18	19,91	12,5	63,59
APCOA	34,93	16,20	10	61,13

POUR VAR OBLIG	Prix	Equipements et services	Approche stratégique	TOTAL
INTERPARKING	60,00	22,69	12,5	95,19
INDIGO	50,59	20,37	13,75	84,71
EFFIA	37,25	20,37	12,5	70,12
APCOA	34,33	15,74	10	60,07

POUR VAR LIB	Prix	Equipements et services	Approche stratégique	TOTAL
INDIGO	60,00	20,37	12,5	92,87
INTERPARKING	48,92	22,22	12,5	84,71
EFFIA	28,55	21,76	13,75	64,06
APCOA	nc	nc	nc	nc

».

Le cahier des charges, ainsi que les règles et principes visés au moyen imposaient à la partie adverse d'attribuer la concession à l'offre la mieux notée conformément aux critères d'attribution (à savoir l'offre de la partie requérante en vue d'exécuter la variante obligatoire, notée 95,19/100).

Néanmoins, la partie adverse a attribué la concession à l'offre classée deuxième (l'offre d'INDIGO PARK BELGIUM pour l'offre de base, notée 94,58/100) en entendant privilégier l'offre la mieux classée pour l'offre de base (et écarter ainsi toutes les offres présentées pour les variantes obligatoires et libres).

La partie adverse a tenté de justifier ses choix imprévisibles de la manière suivante [...] :

« Attendu que le marché de base sera préféré aux variantes obligatoires et libres car il est le plus cohérent et équilibré dans le contexte actuel est futur du parking et en regard notamment des éléments suivants :

- Les offres pour le marché de base peuvent être comparées de manière objective car tous les candidats ont bien compris les demandes du PA;
- Il rééquilibre la place donnée à chaque mode sans être en rupture avec sa fonction actuelle;
- Il répond dès-lors à la demande actuellement constatée et est un premier pas dans la direction d'une stratégie régionale menée à évoluée à terme;
- Il inclut un réaménagement du parking qui n'est pas prévu en variante obligatoire, ce qui améliorera la sécurité et le confort du parking ainsi que son accessibilité pour les PMR;
- Il inclut un renouvellement total des équipements d'exploitation;
- À noter que la variante libre n'aurait pas pu être attribuée sans nouvelle procédure sur des critères identiques car les offres sont trop différentes à ce stade.

Compte tenu de ces éléments et compte tenu du fait que le marché de base génère une rémunération toujours intéressante pour le pouvoir adjudicateur, il ne fait aucun doute que le marché de base offre l'avantage économique global le plus intéressant pour le pouvoir adjudicateur».

Notons d'emblée que ladite motivation est particulièrement vague, non étayée, invoque le contexte actuel et futur du parking et de la politique de mobilité en Région de Bruxelles-Capitale (sans lien direct avec les documents de concession devant fonder son attribution, en particulier avec les critères d'attribution) et semble fondée de manière décisive sur une notion d'«avantage économique global le plus intéressant», inconnue tant du cadre légal et réglementaire des concessions que du cahier des charges.

32. En outre, surtout, en procédant de la sorte, la partie adverse a agi de manière arbitraire et illégale :

- elle a méconnu les règles et principes visés au moyen, qui lui imposaient d'attribuer la concession à l'offre la mieux notée compte tenu à la fois des offres de base et de la variante obligatoire (comme le confirme d'ailleurs la circonstance que cette solution est imposée, en matière de marchés publics, par l'article 81 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et par l'article 87, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques);
- à défaut pour la partie adverse d'avoir défini dans les documents de concession les modalités relatives aux variantes (en violation de l'article 17, 1^o, de l'Arrêté Concessions), aucune disposition du cahier des charges, aucune disposition du cadre légal et réglementaire des concessions et de manière générale aucun élément n'autorisaient la partie adverse à renoncer arbitrairement à la variante obligatoire dont elle avait imposé le dépôt (même moyennant une quelconque motivation, étant entendu pour le surplus que les carences, intrinsèques, de la motivation avancée en l'espèce ont déjà été exposées au point précédent de la présente requête).

Sur la base de la procédure d'attribution décrite par la partie adverse dans ses documents de concession, il ne pouvait aucunement être attendu, interprété ou

présupposé que la partie adverse aurait la faculté de favoriser l'offre de base par rapport à la variante obligatoire (ou vice versa) pour des raisons autres que les critères d'attribution énumérés dans les documents de concession.

Au contraire, lesdits documents indiquaient que toutes les offres, qu'elles soient des offres de base ou des variantes obligatoires, seraient traitées sans distinction. Seul le score final leur étant attribué conformément aux critères d'attribution était susceptible de les départager.

En l'espèce, par l'adoption de la décision d'attribution attaquée, la partie adverse a arbitrairement porté atteinte au caractère raisonnablement prévisible de la procédure d'attribution de la concession qu'il avait pourtant lui-même fixée et a violé les règles et principes visés au moyen.
[...]"

B. Thèse de la partie adverse

La partie adverse conteste la recevabilité du moyen, et ce en raison de l'irrégularité de l'offre de la requérante. Elle renvoie à son exposé à l'irrecevabilité du recours et soutient que le moyen est, pour le même motif, sans intérêt pour la requérante.

Sur le moyen, elle expose qu'il existe une différence importante entre les règles relatives aux marchés publics et les règles relatives aux concessions. Elle relève qu'alors que l'article 87, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques prévoit que l'offre économiquement la plus avantageuse est déterminée d'après un classement unique des offres de base et de celles relatives aux variantes, une telle disposition ne figure ni dans la loi du 17 juin 2016 relative aux concessions, ni dans l'arrêté royal du 25 juin 2017 relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession. Elle souligne à cet égard qu'il est énoncé, dans le Rapport au Roi précédant ledit arrêté qu'"En matière de concessions, les variantes ne sont pas réglementées", de sorte que la réglementation relative aux contrats de concession est plus flexible et donne au pouvoir adjudicateur un pouvoir discrétionnaire ample à l'égard des variantes. Elle souligne que cette flexibilité est expressément reconnue dans la Directive 2014/23/UE du Parlement Européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession ainsi que dans l'exposé des motifs du projet de loi, lequel précise ce qui suit :

" Pour ce qui concerne la passation des concessions, la directive établit un cadre de règles et de principes dans lequel les pouvoirs adjudicateurs agissent librement pour définir leur procédure de passation. Les dispositions sont donc plus simples et flexibles que dans les directives 2014/24/UE et 2014/25/UE encadrant la passation des marchés publics et qui ont été adoptées en même temps que la directive 2014/23/UE."

Elle en déduit que "la réglementation relative à la passation des concessions n'oblige pas le pouvoir adjudicateur à déterminer l'offre économiquement

la plus avantageuse d'après un classement unique des offres de base et de celles relatives aux variantes" et qu'il "ne peut, par conséquent, être question d'une violation de la Loi Concessions ou de l'arrêté royal du 25 juin 2017 relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession".

Elle fait ensuite valoir ce qui suit:

" 26. En l'espèce, le cahier des charges prévoyait deux méthodes d'exécution de la concession différentes. L'offre de base devait inclure des travaux d'optimisation, ce qui réduirait le nombre de places de stationnement. La variante obligatoire consistait à l'exploitation du parking tel qu'il existe actuellement, sans une modification substantielle.

Ces deux modes sont fondamentalement différents dans leur philosophie, leurs caractéristiques financières, et en qualité technique et stratégique.

La partie requérante elle-même le reconnaît expressément à la page 18 de sa requête introductive, où elle décrit l'offre de base et la variante obligatoire comme «deux modalités alternatives nettement distinctes d'exploitation et donc d'exécution de la concession» [...].

Il convient de mettre l'accent sur le fait que l'offre de base était l'offre de référence et l'objet principal du marché.

27. Eu égard à ces différences évidentes entre le contenu des deux alternatives, la requérante ne pouvait raisonnablement s'attendre à ce qu'un classement unique soit établi. La partie défenderesse n'a jamais eu l'intention d'établir un classement unique de toutes les offres (offres de base et variantes). Une telle classification unique n'est pas exigée par la réglementation, ni par les documents de la concession.

Il a toujours été l'intention de la partie défenderesse de comparer les offres de base, d'une part et les offres pour les variantes, d'autre part, sans pour autant comparer les différentes offres pour les différentes hypothèses les unes avec les autres dans un classement unique.

Ainsi, chaque offre a été analysée séparément et relativement aux autres offres concurrentes pour la même hypothèse. Il n'aurait pas eu de sens de comparer les variantes et les offres de base dans un classement unique parce qu'elles ne sont pas comparables, ni en qualité, ni en caractéristiques financières.

Une interprétation différente aurait eu pour effet absurde que la qualité et les caractéristiques financières d'une exploitation avec des travaux d'optimisation, qui nécessitent des investissements importants, auraient dû être comparées avec celles d'une exploitation sans de tels travaux.

En outre, la partie défenderesse se réfère à ce qui a été inclus dans le cahier des charges en ce qui concerne des lacunes et ambiguïtés éventuelles à la page 11 :

« En cas de lacune ou imprécision ou en cas de contradiction, l'hypothèse où l'interprétation la plus favorable au Pouvoir adjudicateur doit être retenue.

Toute lacune ou imprécision dans les documents de concession qui n'est pas dénoncée dans le cadre des questions/demandes de renseignement visées ci-avant au point 1.4, devra être signalée dans l'offre qui précisera l'hypothèse sur la base de laquelle elle se fonde.

À défaut, ces lacunes et imprécisions seront levées par le pouvoir adjudicateur après la conclusion du contrat de concession, suivant l'hypothèse la plus favorable pour lui, sans pouvoir donner lieu à un quelconque dédommagement ou supplément de prix au bénéfice de l'adjudicataire».

28. Le cahier des charges prévoit aussi que la concession serait attribuée à l'offre régulière qui recueille le maximum de points sur la base des critères mentionnés au point 2.11 du cahier des charges. Évidemment cette disposition doit être interprétée dans le sens que la concession serait attribuée à l'offre ayant obtenu les points les

plus élevés pour le mode d'exploitation (c'est-à-dire offre de base ou variante obligatoire ou libre) qui aurait finalement été choisie.

29. Le moyen de la partie requérante est pris *inter alia* d'une violation présumée du principe d'égalité de traitement et de non-discrimination. L'essence du principe d'égalité de traitement implique que chaque opérateur économique ait des chances égales de participer à la procédure de passation et que les offres soient soumises aux mêmes conditions pour tous les compétiteurs.

En l'espèce, la partie défenderesse a effectivement appliqué ce principe. Chaque soumissionnaire a été soumis aux mêmes conditions. La partie requérante n'explique pas dans sa requête introductive la manière dont ce principe aurait été violé à son détriment. C'est bien le contraire qui s'est produit : la partie défenderesse a même permis à la partie requérante de régulariser son offre initiale, malgré une irrégularité, comme déjà expliqué ci-dessus.

30. La partie requérante invoque également une violation du principe de transparence. Ce principe, qui est un corollaire du principe d'égalité, a, dans ce contexte, essentiellement pour but d'assurer que tout opérateur intéressé peut décider de soumissionner à des appels d'offres sur le fondement de l'ensemble des informations pertinentes et de garantir l'absence de risque de favoritisme et d'arbitraire de la part du pouvoir adjudicateur. Il implique que toutes les conditions et les modalités de la procédure d'attribution soient formulées de manière claire, précise et univoque, de façon, d'une part, à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents d'en comprendre la portée exacte et de les interpréter de la même manière et, d'autre part, à encadrer le pouvoir discrétionnaire de l'autorité concédante et de mettre celle-ci en mesure de vérifier effectivement si les offres des soumissionnaires correspondent aux critères régissant la procédure en cause.

En lisant le cahier des charges, chaque soumissionnaire raisonnablement informé et normalement diligent aurait compris que, compte tenu des différences fondamentales entre les deux modes d'exploitation, il ne saurait être question d'un classement unique et que le pouvoir adjudicateur a conservé son pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne le choix du mode d'exploitation.

31. Comme la partie requérante le mentionne dans sa requête introductive, elle a obtenu une note pour son offre pour la variante obligatoire supérieure à la note obtenue par Indigo pour l'offre de base. Cependant, la note a évidemment été obtenue en comparaison avec les offres des autres soumissionnaires pour la variante obligatoire, et non pas en comparaison avec les offres de base. Les deux notes concernées ne sont dès lors pas comparables entre elles.

La note supérieure de la partie requérante pour la variante obligatoire, comparée aux notes des autres soumissionnaires, était d'ailleurs logique, vu qu'en tant qu'exploitant actuel, la partie requérante pouvait économiser davantage sur les coûts d'investissement parce que ses équipements étaient déjà en place. Sa note supérieure faisait donc preuve de la transparence et de l'égalité de traitement avec lesquelles la partie défenderesse a agi.

Toutefois, la partie défenderesse a décidé d'attribuer la concession avec les travaux d'optimisation inclus, c'est-à-dire pour l'offre de base. Le soumissionnaire qui a obtenu la meilleure note pour cette offre de base était Indigo, à qui la concession a été attribuée.

Ce choix de la partie défenderesse est clairement motivé par l'amélioration de la sécurité et du confort du parking, ainsi que de son accessibilité pour les PMR.

32. En guise de résumé, le cahier des charges prévoyait deux modes d'exploitation fondamentalement différents. Il était clair dès le début qu'en tout cas l'une des deux hypothèses serait retenue, après quoi le soumissionnaire ayant déposé la meilleure offre pour cette hypothèse se verrait attribuer la concession.

Le cahier des charges ne peut être interprété en ce sens qu'il limiterait le pouvoir discrétionnaire de la partie défenderesse de choisir l'un des deux modes d'exécution dans l'intérêt public et basé sur des considérations objectives. Avec ce cahier des

charges, la partie défenderesse voulait seulement lancer une procédure pour déterminer objectivement les meilleures offres pour les différents modes d'exploitation. La partie défenderesse n'a jamais eu l'intention de déterminer le nouveau concessionnaire uniquement sur la base des notes de chaque offre relative aux offres pour les autres hypothèses. Ni la réglementation concernant l'attribution de concessions, ni le cahier des charges ne prescrivent une telle procédure. On doit souligner que la réglementation concernant les concessions donne un pouvoir discrétionnaire très ample à l'organisme public. [...]"

C. Thèse de la partie intervenante

La partie intervenante fait valoir ce qui suit:

- " **28. Rappel théorique préalable : la réglementation sur les concessions est délibérément plus souple que celle sur les marchés publics.** Une comparaison entre la loi sur les concessions et de celle sur les marchés publics révèle que la passation des concessions est moins encadrée que la passation des marchés publics. Cette liberté accrue en droit des concessions est notamment consacrée par l'article 38 de la loi sur les concessions qui énonce: «L'adjudicateur organise librement la procédure qui conduit au choix du concessionnaire sous réserve du respect des dispositions de la présente loi.»

La souplesse du droit des concessions est volontaire. Dans les considérants précédant la directive sur les concessions, le législateur européen a exprimé la volonté de prévoir des règles «claires et simples» qui tiennent compte de «la spécificité des concessions par rapport aux marchés publics».

Le Roi a exprimé la même volonté de maintenir un grand niveau de souplesse dans le cadre de la passation des concessions :

- « Le présent projet s'inspire des arrêtés royaux pris en exécution de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics (notamment en ce qui concerne les marchés de travaux), sans les reproduire pour autant : en matière de concessions, l'objectif de la directive 2014/23/UE et de la loi la transposant est d'assurer la sécurité juridique tout en garantissant la flexibilité nécessaire à la passation et l'exécution de contrats par nature complexe et de longue durée. Cette flexibilité doit se marquer tant dans la procédure de passation que dans les règles encadrant l'exécution des concessions pour permettre aux adjudicateurs de concevoir et rédiger des documents de concession adaptés à la complexité, à la nature des concessions et aux spécificités de chaque concession particulière».

Le régime applicable à la passation des concessions et celui applicable à la passation des marchés publics doivent donc être distingués l'un de l'autre. Les règles qui prévalent dans un régime juridique ne pourraient être jugées applicables *ipso facto* dans l'autre régime juridique.

29. Discussion théorique préalable: le rôle des principes généraux depuis l'adoption d'un régime spécifique applicable aux concessions. Avant l'adoption de la loi sur les concessions, la jurisprudence avait recours aux principes généraux pour encadrer la passation des concessions. Il arrivait ainsi que des règles consacrées en droit des marchés publics soient rendues obligatoires en droit des concessions sur la base des principes généraux. Cette fonction supplétive des principes généraux est utile (en ce qu'elle permet d'offrir une solution juridique lorsqu'un vide législatif existe) et respectueuse de la volonté du législateur (puisque celle-ci reste inconnue).

30. Depuis l'adoption d'un régime spécifique applicable aux concessions, le recours aux principes généraux doit être cantonné à deux fonctions :

- une fonction interprétative : les principes généraux servent alors de clé de lecture de la réglementation lorsque l'intention du législateur ou du Roi n'est pas claire;
- une fonction supplétive limitée à des questions juridiques très particulières qui n'ont pas été réglées par le législateur ou le Roi et lorsque cet oubli/lacune législatif ou réglementaire ne peut être interprété comme une volonté de préserver une marge de manœuvre dans le chef des adjudicateurs.

Les principes généraux ne pourraient en revanche être invoqués pour (i) rendre applicable en droit des concessions, les règles qui prévalent en droit des marchés publics et/ou (ii) faire disparaître la marge de manœuvre dont bénéficient les adjudicateurs dans le cadre de la passation des concessions. Lors de l'élaboration de la réglementation applicable à la passation des concessions, la volonté des législateurs belge et européen a été, comme nous l'avons vu, de laisser une grande marge de manœuvre aux adjudicateurs et de mettre en place un système plus souple que celui applicable à la passation des marchés publics.

La volonté des législateurs n'a pas été de fixer les règles les plus fondamentales et de laisser la jurisprudence compléter ces règles par le biais des principes généraux. Bien au contraire, l'adoption d'une directive relative aux concessions a justement été motivée par la volonté de mettre fin à l'incertitude qu'accompagne l'application des principes généraux. Cette intention a été exprimée dans le considérant 4 de la directive 2014/23 :

« [...] l'attribution de concessions de services présentant un intérêt transnational est soumise aux principes du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, et notamment les principes de libre circulation des marchandises, de liberté d'établissement et de libre prestation de services, ainsi qu'aux principes qui en découlent comme l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence. Il existe un risque d'insécurité juridique lié aux divergences d'interprétation des principes du traité par les législateurs nationaux, et de fortes disparités entre les législations des différents États membres. Ce risque a été confirmé par la vaste jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, qui n'a toutefois traité que partiellement certains aspects de l'attribution de contrats de concession. Pour éliminer des distorsions persistantes sur le marché intérieur, il apparaît nécessaire d'appliquer de manière uniforme les principes du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne dans l'ensemble des États membres et de mettre fin aux divergences dans l'interprétation de ces principes au niveau de l'Union. Cela permettrait en outre d'accroître l'efficacité de la dépense publique, de faciliter l'égalité d'accès et la participation équitable des PME à l'attribution de contrats de concession, tant à l'échelon local qu'à celui de l'Union, et de soutenir la réalisation des objectifs d'une politique publique durable » [...].

Mu par cette volonté, le législateur européen a donc procédé à une codification exhaustive des implications des principes généraux en droit des concessions. Cette loi sur doit être appliquée de la manière voulue par les législateurs. Les libertés volontairement laissées à la discrétion des adjudicateurs ne pourraient leur être retirées par le biais des principes généraux. C'est en ce sens que le professeur S. Arrowsmith écrit que : «À la lumière de l'indication claire dans la directive sur les concessions que les règles détaillées ne doivent pas être appliquées et que la législation sur les concessions est voulue d'une nature différente des autres législations – avec comme point de départ une flexibilité procédurale plutôt que des procédures d'attribution prédéterminées – une approche qui garantit une discrétion significative aux États membres doit être respectée. Il peut être argué que la législation sur les concessions est exhaustive des obligations qui doivent être respectées pour la passation des concessions et que la Cour de justice ne doit ajouter des exigences supplémentaires que dans des cas très exceptionnels [...]».

En conclusion, les principes généraux ne peuvent être invoqués pour transposer, en droit des concessions, les règles applicables à la passation des marchés publics.

31. **En l'espèce**, Indigo Park Belgium démontre ci-dessous que la voie suivie par

parking.brussels respecte :

- la réglementation sur les concessions;
- les principes généraux; et
- les documents de marché.

32. parking.brussels a respecté la réglementation sur les concessions. Les législateurs belges et européens et le Roi ont fait le choix de ne pas réglementer l'attribution des concessions en présence de variantes. Plus particulièrement, ils ont décidé de ne pas reprendre dans la réglementation sur les concessions, la règle qui prévaut en droit des marchés publics en vertu de laquelle les adjudicateurs doivent identifier, en cas de variantes exigées ou autorisées, l'offre économiquement la plus avantageuse d'après un classement unique des offres de base et de celles relatives aux variantes.

parking.brussels pouvait donc choisir d'inviter les soumissionnaires à introduire une offre de base et une variante obligatoire et soumettre ces offres de base et ces offres pour la variante obligatoire à un classement séparé. Dans un classement, les offres de base ont été comparées entre elles. Dans l'autre, les offres pour la variante obligatoire ont été comparées entre elles. La motivation de l'acte attaqué et la cotation des offres de base et pour la variante est basée sur ce constat. La prémisse du raisonnement d'Interparking selon laquelle la concession devait être octroyée à l'offre de base ou par la variante qui obtient le plus de points méconnaît ce constat et ne peut pour cela pas être suivie. Dans le cadre d'une procédure négociée pour la passation d'une concession, l'autorité concédante peut choisir et motiver son choix entre les offres de base et les offres pour la variante obligatoire.

Le choix opéré par parking.brussels de renoncer à la variante obligatoire et d'attribuer le marché à l'offre de base la plus avantageuse économiquement ne viole aucune disposition spécifique de la réglementation sur les concessions, puisque celle-ci ne lui imposait pas d'effectuer un classement unique entre les offres de base et celles relatives aux variantes.

33. parking.brussels a respecté les principes de transparence, de proportionnalité, d'égalité de traitement et de non-discrimination. À défaut de dispositions spécifiques dans la réglementation sur les concessions, Interparking fait appel aux principes généraux et soutient que le choix de parking.brussels de renoncer à attribuer la variante obligatoire violerait ces principes généraux.

Nous avons vu supra que les principes généraux ne pouvaient être invoqués pour gommer les différences entre la loi sur les marchés publics et la loi sur les concessions.

Contrairement à ce qui est le cas pour les marchés publics, un pouvoir adjudicateur qui exige la production de variantes dans le cadre de la passation d'une concession ne doit pas obligatoirement reprendre ces variantes dans un classement unique. Dans sa décision d'attribution, parking.brussels a fait usage de cette liberté et a décidé d'attribuer le marché à l'offre de base la plus avantageuse.

En conclusion, il ne pourrait être déduit, en l'absence de disposition spécifique, qu'un adjudicateur est tenu, en vertu des principes généraux, d'identifier l'offre la plus avantageuse sur la base d'un classement unique comparant les offres de base et les variantes obligatoires et ne peut décider, sur la base d'une motivation circonstanciée, de préférer les options de base aux variantes.

34. parking.brussels a respecté les documents de marché. Rien dans les documents de marché n'indiquait que parking.brussels réaliserait un classement unique ou que parking.brussels s'engageait à attribuer le marché à l'offre ou la variante qui obtiendrait le meilleur score.

Contrairement à ce que soutient Interparking, une telle portée ne pourrait être donnée à la phrase du cahier des charges selon laquelle : « Les critères d'attribution pour la comparaison des offres et la détermination de l'offre la plus intéressante sont, par ordre décroissant de leur importance ». Cette phrase vise uniquement à annoncer les critères d'attribution qui seraient utilisés pour identifier l'offre la plus intéressante pour chaque mode d'exploitation (c'est-à-dire l'offre de base ou la variante obligatoire ou libre). Cette phrase n'implique (i) nullement que les offres

de base et les variantes seraient comparées dans un classement unique ni que (ii) parking.brussels ne pourrait pas renoncer à attribuer une variante obligatoire et préférer les offres de base.
parking.brussels ne s'est donc pas écartée des prescriptions de ses documents de marché.

35. Interparking n'a pas été préjudiciée par la méthode suivie. On ne perçoit pas de quelle manière Interparking aurait été préjudiciée par la méthode suivie par parking.brussels.

Interparking ne soutient pas (et ne pourrait d'ailleurs pas raisonnablement le soutenir) qu'elle aurait remis une offre de base différente si elle avait été expressément avertie du fait que parking.brussels se réservait la faculté de renoncer à attribuer le marché à une variante obligatoire ou si parking.brussels avait renoncé à la variante obligatoire préalablement à la remise des offres.

Il peut donc être raisonnablement considéré que si parking.brussels avait annoncé, par le biais d'un avis rectificatif des documents du marché ou lors des négociations, qu'elle renonçait à demander des offres pour la variante obligatoire, ce qu'elle était en droit de faire, l'offre de base d'Interparking eût été la même et l'offre d'Indigo Park Belgium aurait toujours été l'offre de base la plus avantageuse.

36. À titre subsidiaire - l'offre initiale d'Interparking pour la variante obligatoire aurait obtenu moins de points que l'offre de base d'Indigo Park.

Nous avons démontré qu'Interparking a apporté à son offre une modification illégale et que conformément à la jurisprudence de Votre Conseil, parking.brussels aurait dû écarter l'offre d'Interparking dans son ensemble [...]. Autrement dit, parking.brussels n'aurait pas pu simplement ignorer la modification des redevances dans l'offre «régularisée» d'Interparking et tenir compte des redevances initialement proposées par cette dernière.

Mais même si Votre Conseil devait par l'impossible estimer que parking.brussels aurait dû tenir compte des redevances initiales proposées par Interparking, il devrait alors constater que le premier moyen est dénué de fondement. L'offre d'Interparking pour la variante obligatoire avec sa redevance initialement proposée (718.285,00 EUR plutôt que 827.113,00 EUR) aurait obtenu un score de 90,2 points, plutôt que 95,19 points [...], soit 3,9 points de moins que l'offre d'Indigo pour la solution de base (94,58 points) et 3,4 points de moins que l'offre d'Indigo pour la variante obligatoire. Autrement dit, dans cette hypothèse, si parking.brussels n'avait pas renoncé à attribuer le marché à une variante obligatoire, comme l'exige Interparking, parking.brussels aurait alors dû constater que l'offre d'Indigo Park Belgium était l'offre qui récoltait le plus de points.

C'est donc de la modification illégale des redevances proposées dans son offre qu'Interparking tire son premier moyen, qui ne pourrait pour cette raison être suivi par Votre Conseil.

Cette démonstration prive également Interparking d'un intérêt à soulever son premier moyen. Dans l'hypothèse d'une suspension et d'une annulation sur la base de ce premier moyen, et si parking.brussels devait tenir compte des redevances initialement proposées par Interparking (ce qui – selon notre thèse principale, n'est pas autorisé), Interparking ne pourrait de toute manière pas se voir attribuer le marché.

[...]"

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

Selon l'article 2, 17°, de l'arrêté royal du 25 juin 2017 relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession, la variante est "un mode alternatif de conception ou d'exécution qui est introduit soit à la demande de l'adjudicateur, soit à l'initiative du concessionnaire".

Sous le titre "1.1.2. Objet de la concession", le cahier spécial des charges énonce notamment ce qui suit :

- " Le soumissionnaire proposera à minima :
- une offre de base pour l'optimisation, l'équipement et la gestion du parking pour une capacité minimale de 800 places – post-optimisation selon les recommandations annexées (ex : places plus larges et confortables, autres...) ;
 - une offre pour la variante obligatoire qui consiste à équiper et gérer le parking tel qu'il existe actuellement sans modifications substantielles;"

Le point 2.7, relatif aux variantes, comporte notamment les énonciations suivantes :

" **2.7.1. Offre de base – 800 places – 10 ans**

Pour son offre de base, le soumissionnaire considère une offre pour l'optimisation, l'équipement et la gestion du parking considérant une capacité minimale de 800 emplacements.

Pour l'optimisation du parking, le soumissionnaire considérera obligatoirement les recommandations d'investissements annexés au cahier des charges.

L'offre de base considère une durée de concession de 10 ans.

2.7.2. Variante obligatoire 1 – 1109 places - 10 ans

En annexe à son offre de base, le soumissionnaire introduit obligatoirement une offre pour l'équipement et la gestion totale du parking tel qu'il existe aujourd'hui, c'est-à-dire sans réaménagement notable et considérant environ 1109 emplacements.

L'offre variante obligatoire 1 considère une durée de concession de 10 ans.

2.7.3. Variante libre

En annexe à son offre de base, le soumissionnaire peut introduire une ou plusieurs offre(s) comportant des modifications par rapport à son offre de base. Ces variantes peuvent notamment concerner les aspects suivants:

- les caractéristiques techniques du modèle d'exploitation type du parking;
- les modes financiers d'indemnisation du concédant en fonction des résultats du parking;
- Une variante sur base d'une concession d'une durée inférieure à 10 ans.

Le soumissionnaire pourra également remettre une offre pour l'équipement et la gestion du parking sur base du nombre de places MINIMUM dont il a besoin pour proposer une offre de concession «à l'équilibre» pour le concédant".

Sous le titre "2.11. critères d'attribution", il est énoncé ce qui suit:

- " Le Pouvoir adjudicateur choisit l'offre qu'il juge la plus intéressante. Les critères d'attribution pour la comparaison des offres et la détermination de l'offre la plus intéressante sont, par ordre décroissant de leur importance:

N°	Critères	Poids (en points)
A	Prix offert	60
B	Equipements et Services Offerts	25
C	Approche stratégique	15
Total		100

".

La prescription reprise sous le titre "2.13. Attribution de la concession" dispose comme suit :

" L'attribution de la concession se fait conformément [à] l'article 55 de la Loi relative aux contrats de concessions.
Le Pouvoir adjudicateur attribue la concession à l'offre régulière qui recueille le maximum de points sur la base des critères mentionnés au point 2.11. ci-avant.
[...]".

En énonçant que la concession est attribuée à "l'offre régulière qui recueille le maximum de points sur la base des critères mentionnés au point 2.11.", le cahier spécial des charges n'instaure aucune distinction ni aucune règle de priorité entre l'offre de base et la variante obligatoire. Ladite prescription ne paraît pas laisser au pouvoir adjudicateur la possibilité de choisir une offre en raison d'une préférence pour l'offre de base, alors que cette offre obtient moins de points qu'une offre constituant une variante obligatoire.

C'est en vain que la partie adverse et l'intervenante se prévalent de ce que, si l'article 87, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques prévoit que l'offre économiquement la plus avantageuse est déterminée d'après le classement unique des offres de base et de celles relatives aux variantes, une telle disposition n'existe pas en ce qui concerne l'attribution des contrats de concession, la réglementation y relative étant plus flexible et donnant au pouvoir adjudicateur un pouvoir discrétionnaire ample à l'égard des variantes. En effet, la circonstance que la réglementation n'impose pas un classement unique des offres de base et des variantes, n'empêche pas qu'un tel classement puisse être imposé dans les documents de concession. Si, comme le rappelle l'intervenante, l'article 38 de la loi du 17 juin 2016 relative aux concessions dispose que "L'adjudicateur organise librement la procédure qui conduit aux choix du concessionnaire sous réserve du respect des dispositions de la présente loi", il ne s'en déduit pas qu'il ne pourrait pas édicter, dans le cahier spécial des charges, des règles limitant son pouvoir discrétionnaire de choisir, lors de l'attribution, l'un des deux modes d'exécution. À supposer que, comme le soutient la partie adverse, sa seule intention, au moment de l'adoption du cahier spécial des charges, ait été de "lancer une procédure pour déterminer objectivement les meilleures offres pour les différents modes d'exploitation", une telle intention ne paraît pas s'être traduite dans les prescriptions du cahier spécial des charges.

Est indifférente la circonstance que l'offre de base et la variante obligatoire constituent deux modes différents d'exécution de la concession et que, selon la partie adverse, aucune comparaison ne serait dès lors possible entre elles. Il convient à cet égard de relever que le cahier spécial des charges prévoit les mêmes critères d'attribution pour l'offre de base et pour la variante obligatoire et qu'il ne semble se déduire d'aucune de ses prescriptions que deux classements au moins devaient être établis, à savoir un classement des offres de base et un classement des variantes obligatoires. La partie adverse fait état de ce que la note attribuée à une offre

pour la variante obligatoire est déterminée en comparant cette offre avec les offres des autres soumissionnaires pour la même variante et que si la requérante a obtenu, pour sa variante obligatoire, une note supérieure à celle de l'offre d'INDIGO PARK BELGIUM pour l'offre de base, cette note a été attribuée en comparaison avec les offres des autres soumissionnaires pour la variante obligatoire et non par rapport aux offres de base, ce qui démontrerait, toujours selon la partie adverse, que ces deux notes ne peuvent être comparées. Cet argument paraît toutefois dépourvu de pertinence. En effet, le cahier spécial des charges se limite à énoncer, en ce qui concerne le critère "prix offert", que "l'offre la plus avantageuse financièrement pour le Pouvoir Adjudicateur se verra attribuer le maximum de points pour ce critère" et que "le Pouvoir Adjudicateur procédera à la comparaison des prix et motivera sa note sur base de différents *scenarii*", étant entendu que le "prix du soumissionnaire" doit obligatoirement inclure une redevance fixe annuelle et une redevance variable annuelle "calculée sur les résultats, en incluant les résultats prévisionnels sur la durée de la concession". La méthode retenue pour déterminer la note devant être attribuée à chacune des offres pour ledit critère n'étant pas fixée dans le cahier des charges, la partie adverse ne peut se prévaloir, à l'appui de sa thèse, d'un argument déduit de l'impossibilité de comparer, à cet égard, une offre de base et une offre pour la variante obligatoire, cette circonstance découlant de la méthode de calcul des notes.

L'exception d'irrecevabilité du moyen doit, au stade actuel de la procédure, être rejetée, pour le motif déjà exposé à propos de l'exception d'irrecevabilité du recours. Il suffit de constater que l'offre de la requérante pour la variante obligatoire a obtenu 95,19 points, alors que l'offre de base d'INDIGO PARK BELGIUM a obtenu 94,58 points. L'intérêt au moyen paraît établi.

Le premier moyen est sérieux en tant qu'il est pris de la violation du cahier spécial des charges, notamment en ses points 2.11 et 2.13.

VII. Balance des intérêts

La partie adverse ne désigne pas les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué, qui l'emporteraient sur ses avantages.

VIII. Confidentialité

La partie requérante demande que son offre ainsi que les courriers relatifs à la régularisation de son offre demeurent confidentiels dès lors que ces documents contiennent des informations protégées par le secret des affaires. Il s'agit des pièces A, B et C de son dossier.

La partie adverse formule une demande identique en ce qui concerne les offres et les courriers relatifs à la régularisation de l'offre de la requérante qu'elle dépose au dossier administratif. Il s'agit des pièces II.1, II.2, II.3 et II.4 du dossier administratif.

La partie intervenante demande également que son offre, déposée par la partie adverse, demeure confidentielle.

Aucune de ces demandes n'a été contestée. Il y a lieu de maintenir provisoirement la confidentialité des pièces concernées.

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

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme INDIGO PARK BELGIUM est accueillie.

Article 2.

Est ordonnée la suspension de l'exécution de la décision du conseil d'administration de l'Agence du stationnement de la Région de Bruxelles-Capitale du 18 novembre 2019 attribuant à la société INDIGO PARK BELGIUM le contrat de concession ayant pour objet l'équipement et l'exploitation du parking public régional souterrain "LOI" situé sous la rue de la Loi.

Article 3.

Les pièces A, B et C du dossier de la requérante et les pièces II.1, II.2, II.3 et II.4 du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 5.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre
siégeant en référé, le trente janvier deux mille vingt par :

Imre KOVALOVSKY,	président de chambre,
Vincent DURIEUX	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX

Imre KOVALOVSKY