

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE DES VACATIONS

SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

n° 251.367 du 12 août 2021

A. 234.169/VI-22.111

En cause : **la société privée à responsabilité limitée
POSTALIA BELGIUM,**

ayant élu domicile chez
M^e George DOBBELAERE, avocat,
Bommelsrede 26
9070 Heusden,

contre :

**la société coopérative à responsabilité limitée
de droit public Intercommunale pure de financement
du Brabant Wallon (IPFBW),**

ayant élu domicile chez
M^{es} Flore VERHOEVEN et
Virginie DOR, avocats,
chaussée de la Hulpe 178
1170 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 25 juillet 2021, la société privée à responsabilité limitée (SPRL) Postalia Belgium demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision de date inconnue approuvant le cahier des charges pour le marché public de services intitulé "Marché relatif aux services postaux" avec référence "MP-IPFBW/PO/Services postaux/2021", publié au Bulletin des Adjudications, par l'avis du 9 juillet 2021, sous référence BDA 2021-527562 ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 26 juillet 2021, l'affaire a été fixée à l'audience du 6 août 2021.

La contribution et le droit visés respectivement aux articles 66, 6°, et 70 du règlement général de procédure ont été acquittés.

La partie adverse a déposé une note d'observations et le dossier administratif.

M. David De Roy, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^e Rika Heijse, *loco* M^e George Dobbelaere, avocat, et M. Sébastien Buess, directeur, comparaissant pour la partie requérante, ainsi que M^e Flore Verhoeven, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Pauline Lagasse, auditeur au Conseil d'État, a été entendue en son avis conforme.

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

III. Exposé des faits utiles

La requête contient un exposé des faits abordant successivement la libéralisation du marché interne européen des services postaux (1.1), la méthode de travail (1.2), les méthodes de traitement et d'affranchissement d'envois postaux (1.3) et la procédure d'attribution du marché litigieux (1.4). Ce qui est exposé sous ce dernier point se lit comme suit :

« 8. L'intercommunale IPFBW publie le 9 juillet un avis de marché au Bulletin des Adjudications annonçant le marché relatif aux services postaux (pièce 3). L'avis est apparu au Journal Officiel de l'EU le 14 juillet 2021. Il s'agit d'un marché européen avec une valeur estimée de 2 millions euros (excl. TVA). En réalité, le marché ne concerne que des services postaux universels.

9. Le cahier spécial des charges avec référence SEDIFIN-MP-IPFBW/PO/Services postaux/2021 contient les règles de la procédure d'attribution, les clauses contractuelles et les prescriptions techniques (pièce 4).

La date limite de réception des offres est fixée au 3 septembre 2021, avant 12h00.

10. Le cahier spécial des charges stipule explicitement à la page 2 que "le marché porte sur une centrale d'achats ayant pour objet les services postaux universels tels que prévus par l'article 15 de la loi postale du 26 janvier 2018 et les services d'enlèvement de courrier divers".

Les entités publiques pouvant bénéficier du marché sont : les communes associées et autres entités publiques situées sur le territoire du Brabant wallon, soit les CPAS, la Zone de secours du Brabant wallon, les intercommunales (in BW, ISBW...), les zones de police, la Province, les régies communales autonomes.

L'intercommunale IPFBW s'engage à faire bénéficier les entités publiques, pendant toute la durée du marché, des clauses et conditions remises pour le présent marché.

Le marché est passé par procédure ouverte.

Les variantes libres sont interdites. Aucune variante exigée ou autorisée n'est prévue.

L'opérateur économique peut proposer des options libres. (Pièce 4, p. 2)

Le présent marché est conclu pour une durée de 48 mois. Il n'est pas prévu de prolongation de la durée de validité du marché. Le marché de services débutera le 1^{er} janvier 2022. (Pièce 4, p. 3)

11. Le cahier spécial des charges mentionne les motifs pour lesquels le marché n'est pas divisé en lots (pièce 4, p. 2) :

“Le marché n'est pas divisé en lots, car une division en lots distincts est difficilement réalisable sur le plan pratique lors de l'exécution. En effet, la division en lots implique de coordonner l'action de plusieurs prestataires sur un processus qui doit être intégré, et ce, dans l'intérêt des entités adhérentes.

D'un point de vue administratif et opérationnel, l'attribution de différents lots à différents prestataires pourrait augmenter la charge de travail et donc rendre l'exécution plus coûteuse (surtout pour les entités ayant un petit budget postal). Ceci aurait également un impact sur l'environnement si plusieurs opérateurs économiques venaient quotidiennement enlever une partie du courrier.”

12. Dans les prescriptions techniques, les modalités d'affranchissement des envois sont décrites : (pièce 4, p. 12) :

“1. Modalités pour l'ensemble des envois

1.1. Modalités pour l'affranchissement des envois :

- Les méthodes ci-dessous doivent être prévues pour affranchir les envois, dans la mesure du possible pour les prestations demandées :
 - o Au moyen de timbres-poste (pour les lettres) par l'entité adhérente;
 - o Au moyen d'une machine à affranchir (lettres, paquets) par l'entité adhérente;
 - o Au moyen d'un code d'identification unique (lettres) par l'entité adhérente;
 - o Au moyen d'une facturation différée (lettres) par l'entité adhérente;
 - o Par l'opérateur économique (option exigée, pour les lettres et paquets).
- Les modes d'affranchissement indiqués doivent être compris dans le prix, à l'exception de l'affranchissement par l'opérateur économique, qui fait l'objet d'une option exigée.
- L'opérateur économique doit pouvoir utiliser la machine à affranchir des entités adhérentes et prévoir la possibilité de charger en ligne la machine à affranchir.
- Les entités adhérentes doivent pouvoir apposer une valeur réelle d'affranchissement sur les envois, qui indique le tarif réellement appliqué.
- Possibilité de proposer les modes d'affranchissement susmentionnés + description de ceux-ci à inclure par le soumissionnaire dans l'offre.”

Il ressort des inventaires joints, que l'affranchissement par timbres-poste et au moyen d'une machine à affranchir, est obligatoire, puisque le soumissionnaire est tenu de remplir l'inventaire entièrement au risque de voir son offre être affectée d'une irrégularité substantielle. Il s'agit des postes suivants :

1. Envoi de courrier journalier (catégories A et B)

1.1 Envois journaliers nationaux

1.1.1. Lettres affranchies en timbres-poste

1.1.2. Lettres affranchies au moyen d'une machine à affranchir

...

1.2. Envois journaliers internationaux

1.2.1. Lettres affranchies en timbres-poste

1.2.2. Lettres affranchies au moyen d'une machine à affranchir

1. C Paquets nationaux affranchis au moyen d'une machine à affranchir

2. Envoi massif de correspondance nationale

En raison de l'obligation d'offrir pour l'affranchissement par timbres-poste et au moyen d'une machine à affranchir, il est impossible pour la requérante de soumettre une offre puisque ces deux méthodes d'affranchissement sont réservées exclusivement pour le prestataire de services postaux universels. Pourtant, il est possible de diviser le présent marché en plusieurs lots avec et sans affranchissement par timbres-poste, ainsi qu'avec et sans affranchissement au moyen d'une machine à affranchir.

13. En ce qui concerne les points d'accès, le cahier spécial des charges exige à la page 12 que le soumissionnaire prévoit au moins un point d'accès dans un rayon de maximum 10 km des locaux des différentes entités adhérentes, auquel elles peuvent s'adresser en cas de questions ou de services urgents.

Cette exigence est disproportionnée et taillée sur mesure de bpost.

Seul bpost dispose par son réseau de bureaux de poste et de points de poste, d'un point d'accès dans un rayon de maximum 10 km des locaux des différentes entités adhérentes à la centrale d'achat. Seul bpost sait répondre à cette exigence. Il est impossible pour tout autre prestataire de services postaux d'établir un tel réseau dans le temps imparti pour la soumission de l'offre ».

Préalablement à l'audience du 6 août 2021, la partie adverse a transmis la copie d'un extrait du procès-verbal de la réunion de son conseil d'administration du 4 août 2021, au cours de laquelle ont été décidées deux modifications à apporter au cahier spécial des charges du marché litigieux et à l'inventaire. Les extraits de ce procès-verbal utiles à l'examen de la demande de suspension se présentent comme suit :

Marché des services postaux – Approbation des modifications à apporter au CSC et à l'inventaire

«

En date du 9 juillet, le CSC relatif au marché des services postaux a été publié sur la plateforme E-tendering pour une réception des offres le 3 septembre 2021.

Après quoi, un opérateur économique a averti, par courriel, le vendredi 23 juillet 2021 qu'il allait introduire un recours.

Le 26 juillet, nous avons reçu, du Conseil d'Etat, une requête de demande de suspension (en pièce jointe - Conseil d'Etat - Extrême Urgent - G/A. 234.169/VI-22.111 fixé au 6 août 2021 10h).

Dans l'urgence, nous avons contacté le cabinet CMS De Backer (Maîtres Dor et Verhoeven) pour représenter l'intercommunale. Une réunion en visio s'est tenue le jeudi 29 juillet en vue de définir les lignes directrices de la note d'information à déposer pour le 03 août 2021 avant 16h00. Elle est jointe en annexe.

Après discussion, les avocates ont suggéré l'introduction d'un avis rectificatif portant sur deux éléments du CSC, à savoir :

1. En ce qui concerne les points d'accès, le cahier spécial des charges exige à la page 12 que le soumissionnaire prévoit au moins un point d'accès dans un rayon de maximum 10 km des locaux des différentes entités adhérentes, auquel elles peuvent s'adresser en cas de questions ou de services urgents.

Selon Postalia, cette exigence est disproportionnée et taillée sur mesure pour bpost. Seul bpost dispose par son réseau de bureaux de poste et de points de poste, d'un point d'accès dans un rayon de maximum 10 km des locaux des différentes entités adhérentes à la centrale d'achat. Seul bpost sait répondre à cette exigence. Il est impossible pour tout autre prestataire de services postaux d'établir un tel réseau dans le temps imparti pour la soumission de l'offre.

Cette mesure est reprise dans le CSC car certaines communes envoient encore des plis postaux (ex : service de l'urbanisme) après l'heure de levée du courrier et chargent leur coursier de les déposer dans des points-relais.

Cette mention, jugée discriminatoire par Postalia, peut être supprimée. Toutefois, un de nos administrateurs soulève le fait que si c'est la distance qui pose un problème, la mention pourrait être adaptée avec un rayon plus large. Ce point sera suggéré à nos Conseils pour la plaidoirie du 6 août prochain.

2. Quant à l'absence d'un poste distinct, dans l'inventaire, pour l'imputation des frais de traitement, d'une part, et pour la valeur d'affranchissement, d'autre part :

Selon Postalia, il manque, dans l'inventaire, un poste pour l'imputation du coût de traitement de l'activité de routage soumise à un régime de TVA de 21 % et un poste distinct pour la valeur d'affranchissement facturée par la partie requérante, étant donné que le tarif facturé par bpost pour l'affranchissement n'est pas soumis à un régime de TVA (0 %).

Pour remplir ces conditions, l'inventaire peut être adapté en conséquence et ainsi être publié dans avis rectificatif.

Au vu des éléments repris dans la note d'information, le Conseil d'administration décide de marquer accord sur la publication d'un avis rectificatif portant sur :

- La suppression ou l'adaptation de la mention « *Dépôt des envois dans un point d'accès de l'opérateur économique :*
Prévoir au moins un point d'accès pour l'opérateur économique dans un rayon de maximum 10 km des locaux des différentes entités adhérentes, auquel elles peuvent s'adresser en cas de questions ou de services urgents » ;
- L'adaptation de l'inventaire existant avec
 - L'ajout d'un poste pour l'imputation du coût de traitement de l'activité de routage soumise à un régime de TVA de 21 %.
 - L'ajout d'un poste distinct pour la valeur d'affranchissement facturée par la partie requérante, étant donné que le tarif facturé par bpost pour l'affranchissement n'est pas soumis à un régime de TVA (0 %).

».

IV. Moyen unique

IV.1. Thèse de la requérante

La requérante soulève un moyen unique, pris de la « [v]iolation des articles 4, 5 § 1 et 58 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 10 et 11 de la Constitution, de l'article 53, §, 1, § 2 et § 4 en matière des spécifications techniques, de l'article 81 § 1 et 2, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des principes de bonne administration, notamment du principe de minutie et du principe du raisonnable et de proportionnalité et du principe de la motivation matérielle ». Elle l'expose comme suit :

- « Considérant que le cahier des charges contient un certain nombre de dispositions et de conditions qui sont adaptées au prestataire de service universel bpost et qui sont soit irréalisables pour un prestataire d'activités de routage, soit qui nuisent gravement au prestataire d'activités de routage parce que les méthodes de travail et le modèle de revenus d'un prestataire d'activités de routage sont différents de ceux du prestataire du service universel. Il s'agit des dispositions du cahier des charges suivantes :
- L'obligation d'affranchir tous les envois :
 - o Au moyen de timbres-poste (pour les lettres) par l'entité adhérente;
 - o Au moyen d'une machine à affranchir (lettres, paquets) par l'entité adhérente.
 - L'obligation que les modes d'affranchissement indiqués doivent être compris dans le prix, à l'exception de l'affranchissement par l'opérateur économique, qui fait l'objet d'une option exigée.
 - L'obligation que le soumissionnaire doit pouvoir utiliser la machine à affranchir des entités adhérentes et prévoir la possibilité de charger en ligne la machine à affranchir.
 - L'obligation que les entités adhérentes doivent pouvoir apposer une valeur réelle d'affranchissement sur les envois, qui indique le tarif réellement appliqué.
 - L'absence dans l'inventaire d'un poste pour l'imputation du coût de traitement de l'activité de routage soumise à un régime de TVA de 21 %.
 - L'absence dans l'inventaire d'un poste distinct pour la valeur d'affranchissement facturée par la partie requérante, étant donné que le tarif

facturé par bpost pour l'affranchissement n'est pas soumis à un régime de TVA (0 %).

Alors que le droit des marchés publics est fondé sur le principe de la concurrence libre et loyale et de l'égalité de traitement des soumissionnaires.

Alors que toute exigence technique doit être exprimée en exigences de prestations, cela fait défaut en l'espèce, puisque deux méthodes d'affranchissement spécifiques sont imposées sur la base d'une seule position de monopole; alors qu'il n'existe pas d'exigences particulières propres au marché qui pourraient justifier une telle exigence restrictive de la concurrence.

En cas de non-respect des dispositions visées à l'article 53 § 4 de la loi du 17 juin 2016 par le pouvoir adjudicateur, le soumissionnaire doit avoir la possibilité d'offrir un service équivalent/produit équivalent, ce que la partie adverse empêche en n'adaptant pas les exigences techniques et en n'incluant pas les postes appropriés pour la rémunération d'une méthode d'affranchissement dans l'inventaire (tels qu'un poste pour le coût de traitement des activités de routage et un poste pour le tarif facturé par bpost pour l'affranchissement). De cette manière, il n'est pas possible de déterminer correctement l'offre économiquement la plus avantageuse, en tenant compte du meilleur rapport qualité-prix.

Par conséquent, le cahier des charges de la partie adverse constitue une violation des dispositions légales et réglementaires citées.

EXPLICATION

(1) Dispositions légales

16. L'article 4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics dispose :
"Les adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination et agissent d'une manière transparente et proportionnée."

L'article 5 § 1 de la loi du 17 juin 2016 dispose :
"Un adjudicateur ne peut concevoir un marché public dans l'intention de le soustraire au champ d'application de la présente loi ou de limiter artificiellement la concurrence. La concurrence est considérée comme artificiellement limitée lorsqu'un marché est conçu dans l'intention de favoriser ou de défavoriser indûment certains opérateurs économiques."

La Constitution dispose :

Article 10 : Les Belges sont égaux devant la loi.

Article 11 : La jouissance des droits et libertés reconnus aux Belges doit être assurée sans discrimination.

17. L'article 53 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics contient les règles en matière de spécifications techniques, permettant de définir les caractéristiques des services à prester.

Conformément à l'article 53 § 1, ces caractéristiques peuvent se référer au processus ou à la méthode spécifique de production ou d'exécution des travaux, des fournitures ou des services demandés ou à un processus propre à un autre stade de leur cycle de vie même lorsque ces facteurs ne font pas partie de leur contenu matériel, à condition qu'ils soient liés à l'objet du marché et proportionnés à sa valeur et à ses objectifs. (propre accentuation)

L'exposé des motifs met l'accent sur le suivant (travaux préparatoires, Chambre, DOC 54 1541/001) :

P. 101 : "Ils doivent néanmoins toujours être liés à l'objet du marché et être proportionnés à sa valeur et à ses objectifs. Les spécifications techniques

établies par les pouvoirs adjudicateurs doivent également permettre, en plus de l'ouverture des marchés publics à la concurrence, la réalisation d'objectifs de développement durable.”

Conformément à l'article 53 § 2 de la loi du 17 juin 2016, les spécifications techniques donnent aux opérateurs économiques une égalité d'accès à la procédure de passation et ne peuvent avoir pour effet que des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence soient soulevés. (propre accentuation)

L'exposé des motifs confirme (travaux préparatoires, Chambre, DOC 54 1541/001) :

P. 102 : “Les spécifications techniques doivent être rédigées de manière à éviter de restreindre artificiellement la concurrence en instaurant des exigences qui favorisent un opérateur économique particulier. Cet objectif peut notamment être atteint en formulant des spécifications techniques en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles. C'est également pourquoi ce procédé est mentionné en premier lieu au paragraphe 3 (les autres possibilités continuent néanmoins d'exister).”

Conformément à l'article 53 § 4 de la loi du 17 juin 2016, les spécifications techniques ne peuvent pas faire mention d'une fabrication ou d'une provenance déterminée ou d'un procédé particulier qui caractérise les produits ou les services fournis par un opérateur économique spécifique, ni faire référence à une marque, à un brevet ou à un type, à une origine ou à une production déterminée qui auraient pour effet de favoriser ou d'éliminer certaines entreprises ou certains produits.

Cette mention ou référence n'est autorisée, à titre exceptionnel, que lorsqu'elle est justifiée par l'objet du marché.

En cas de non-respect par le pouvoir adjudicateur de ces obligations, le soumissionnaire peut présenter un produit ou un service équivalent.

18. L'article 58 de la loi du 17.06.2016 dispose :

“Pour les marchés de fournitures, de services et de travaux dont le montant estimé est égal ou supérieur au seuil européen révisable pour la publicité européenne, tel qu'applicable aux marchés publics de fournitures et de services passés par les pouvoirs adjudicateurs fédéraux, tous les pouvoirs adjudicateurs doivent envisager la division du marché en lots et, s'ils décident de ne pas diviser en lots, les raisons principales doivent être mentionnées dans les documents du marché ou dans les informations visées à l'article 164, § 1^{er}.”

19. L'article 81 de la loi du 17.06.2016 dispose :

§ 1^{er}. Le pouvoir adjudicateur se fonde, pour attribuer les marchés publics, sur l'offre économiquement la plus avantageuse.

§ 2. L'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur est, au choix, déterminée :

33° en se fondant sur le meilleur rapport qualité/prix qui est évalué sur la base du prix ou du coût ainsi que des critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux liés à l'objet du marché public concerné.

§ 3 : ... Les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur. Ils garantissent la possibilité d'une véritable concurrence et sont assortis de précisions qui permettent de vérifier concrètement les informations fournies par les soumissionnaires pour évaluer dans quelle mesure les offres répondent aux critères d'attribution. En cas de doute, le pouvoir adjudicateur vérifie concrètement l'exactitude des informations et éléments de preuve fournis par les soumissionnaires...”

20. L'article 2 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs dispose que les actes administratifs des autorités administratives doivent faire l'objet d'une motivation formelle.

L'article 3 de cette loi dispose que la motivation exigée consiste en l'indication, dans l'acte, des considérations de droit et de fait servant de fondement à la décision. Elle doit être adéquate.

En vertu du principe général de motivation interne, qui vise à éviter l'arbitraire, tout acte administratif doit reposer sur des motifs objectivement exacts, c'est-à-dire conformes à la réalité, pertinents en fait et admissibles en droit, qui se dégagent soit du texte de la décision elle-même, soit du dossier administratif sur la base duquel elle a été adoptée.

Le principe de minutie est une ligne de conduite à suivre par le pouvoir adjudicateur en vue d'éviter de commettre des illégalités.

2) L'objet du marché est limité à la prestation du service postal universel qui est actuellement réservé exclusivement à bpost et qui exclut tout autre prestataire de services postaux

21. Tout d'abord, le cahier des charges lui-même indique explicitement que l'objet du marché est le "service postal universel" et que le prestataire doit être en mesure de distribuer les envois sur tout le territoire belge, en Europe et dans le monde.

Voir cahier des charges p. 12 :

"1.2. Conditions pour tous les types d'envois :

- Distribution des envois nationaux : à toutes les adresses en Belgique, dans les délais prévus, sans différence de prix selon la position géographique du destinataire.
- Distribution des envois internationaux (Europe – reste du monde) : envois prioritaires ou non prioritaires devant être distribués partout dans le monde à un tarif qui dépend du pays du destinataire."

Rien dans le cahier des charges ne justifie que la prestation de services soit limitée aux seuls prestataires de services postaux universels. Rien ne justifie que la concurrence soit restreinte de cette manière au seul prestataire des services postaux universels.

22. Le présent cahier des charges oblige le prestataire de services à proposer tous les modes d'affranchissement prévus à l'article 22 de l'arrêté royal du 24 avril portant réglementation du service postal.

Bien entendu, seul bpost, en tant que prestataire de services postaux universels, peut proposer ces quatre méthodes d'affranchissement.

Pour tout autre prestataire de services postaux, il est impossible de participer à cette procédure d'attribution, car les deux méthodes d'affranchissement imposées cumulativement sont en contradiction avec le modèle de rémunération du prestataire d'activités de routage. Il s'agit de la technique d'auto-pré-affranchissement de l'envoi postal avec des timbres et de la technique de pré-affranchissement de l'envoi postal avec la machine à affranchir.

23. Ces dispositions techniques concernant le pré-affranchissement obligatoire sont des exigences qui ont été conçues sur mesure pour le prestataire des services postaux universels bpost.

- seul bpost a, en vertu de sa licence de l'IBPT pour les services postaux universels, le droit et la possibilité d'émettre des timbres-poste représentant une valeur d'affranchissement pour l'ensemble du territoire belge.

- seul bpost peut autoriser, sur base de sa désignation de prestataire de services postaux universels, que les envois faisant partie du service universel peuvent être affranchis au moyen d'empreintes de machines à affranchir agréées (art. 24 de l'arrêté royal du 24 avril portant réglementation du service postal). Seul bpost peut agréer les machines à affranchir, seul bpost peut mettre à disposition le cliché ou la mémoire électronique qui permet de générer une empreinte de valeur avec la machine à affranchir (art. 25-26 de l'arrêté royal du 24 avril portant réglementation du service postal). Les empreintes d'affranchissement des machines à affranchir doivent être conformes aux modèles approuvés par le prestataire du service universel. L'adaptation de ces modèles et le remplacement subséquent du cliché ou de la mémoire électronique de la machine peut à tout moment sans préavis et sans indemnité être adaptés par le prestataire du service universel (art. 27 de l'arrêté royal du 24 avril portant réglementation du service postal).
- Le fait d'imposer le pré-affranchissement des envois avec des machines à affranchir exclusivement certifiées par bpost revient à utiliser une méthode d'affranchissement qui rémunère directement le prestataire des services postaux universels bpost. Easypost n'est pas en mesure de proposer cette méthode d'affranchissement, car elle appartient exclusivement à bpost.
- L'obligation d'utiliser des timbres et des machines à affranchir bpost implique également que le prestataire des services postaux universels bpost est rémunéré par un paiement préalable. En effet, les timbres sont toujours achetés auprès de bpost. L'obligation de travailler avec les machines à affranchir bpost implique également que la machine à affranchir (via une connexion Internet ou non) débite le compte bancaire du donneur d'ordre, qui a été provisionné avec un acompte, auprès du prestataire des services postaux universels bpost chaque fois qu'un envoi postal est affranchi. Il s'agit d'une exigence technique que seul bpost peut satisfaire.
- En outre, l'obligation d'utiliser les machines à affranchir de bpost est contraire au fonctionnement et au financement des activités d'un prestataire d'activités de routage, telle que la partie requérante Easypost. Par ce mode de paiement, il n'y a aucune possibilité pour le prestataire d'activités de routage de percevoir des revenus pour les services fournis, car (i) les revenus des machines à affranchir vont directement au prestataire des services universels bpost, et (ii) bpost n'effectue pas de remboursement au prestataire d'activités de routage pour les services fournis.

Le coût facturé par la partie requérante Easypost au client, à savoir l'expéditeur, couvre à la fois ses propres coûts internes de collecte et de tri et la valeur d'affranchissement des envois que la partie requérante Easypost paie à bpost pour la distribution des envois.

Du fait que la partie requérante Easypost effectue le pré-tri des envois postaux, d'une part, avec une organisation logistique optimale de collecte et, d'autre part, avec des machines de traitement et de tri très performantes, la partie requérante Easypost obtient de bpost des réductions sur la valeur de l'affranchissement, ce qui permet à la partie requérante Easypost de proposer à ses clients un prix très avantageux, étant entendu que ces envois postaux seront aussi correctement et rapidement acheminés à leurs destinataires. La dernière partie de l'opération (la distribution) est effectuée par bpost.

24. Toutefois, l'objectif de la procédure d'attribution est de garantir au pouvoir adjudicateur le meilleur prix et le meilleur service pour la collecte et le traitement de la poste sortante. La méthode proposée par le soumissionnaire pour atteindre cet objectif, comme la méthode d'affranchissement, est d'une importance secondaire. Ainsi, la partie requérante Easypost ne travaille pas avec la méthode d'affranchissement demandée utilisant des timbres ou des machines à affranchir dans son modèle d'activités. Elle peut toutefois offrir un service et un produit équivalents, à savoir la fourniture d'un affranchissement avec une mention port payé (PP) dans ses bureaux grâce à son infrastructure de traitement des envois.

Cela signifie que le client ne doit plus affranchir lui-même les envois sortants, mais que l'affranchissement sera effectué par le prestataire d'activités de routage.

La partie requérante Easypost est en droit de proposer cette méthode de mise en œuvre alternative, car le pré-franchissement obligatoire constitue une spécification technique illégale.

Conformément à l'article 53 § 4 de la loi du 17 juin 2016, les spécifications techniques ne peuvent pas faire mention d'une fabrication ou d'une provenance déterminée ou d'un procédé particulier qui caractérise les produits ou les services fournis par un opérateur économique spécifique, ni faire référence à une marque, à un brevet ou à un type, à une origine ou à une production déterminée qui auraient pour effet de favoriser ou d'éliminer certaines entreprises ou certains produits.

Cette mention ou référence n'est autorisée, à titre exceptionnel, que lorsqu'elle est justifiée par l'objet du marché.

En cas de non-respect par le pouvoir adjudicateur de ces obligations, le soumissionnaire peut présenter un produit ou un service équivalent et le pouvoir adjudicateur doit accepter un pareil produit ou service équivalent.

L'alternative consistant à affranchir avec le timbre "Port Payé" (PP) d'Easypost est donc licite et ne peut être considérée comme une irrégularité substantielle, car elle répond de manière équivalente à l'exigence de cahier des charges illicite.

Avec ce système, l'expéditeur paie les frais d'affranchissement après le dépôt de l'envoi, suite à la facturation par bpost des valeurs d'affranchissement. Il n'y a donc pas de préfinancement de l'affranchissement par l'expéditeur en faveur de bpost. La facturation de la valeur d'affranchissement est effectuée par bpost au prestataire des activités de routage qui apporte les envois au centre de distribution de bpost. La preuve de l'affranchissement et de la valeur de l'affranchissement est apportée par (la vignette avec) la mention PP accompagnée du numéro individualisé attribué au prestataire d'activités de routage.

L'équivalence entre l'affranchissement PP et le pré-affranchissement avec des timbres ou des machines à affranchir bpost est attestée par les éléments suivants :

- en termes de certitude d'affranchissement : en incluant l'étiquette PP avec le numéro de la partie requérante Easypost, une forme licite de valeur d'affranchissement est apposée. L'article 22 de l'arrêté royal du 24 avril 2014 relatif à la réglementation du service postal fait référence à "l'affranchissement en numéraire" nommé "Port Payé" comme une technique légale de représentation d'une valeur d'affranchissement. Nous nous référons également au Guide MassPost de bpost (pièce 5, p 20-21).



1. Adressage et affranchissement > Modes d'affranchissement

2. Le Port Payé (PP)

Le Port Payé est une solution simple et efficace pour affranchir les envois en nombre. Il suffit d'imprimer la marque PP directement sur vos enveloppes. Le montant total de l'affranchissement est payé lors du dépôt des envois ou par facturation.

- En termes d'affranchissement correct : l'étiquette PP d'Easypost est liée à l'étiquette Mail ID que la partie requérante Easypost appose sur l'envoi. Le tarif correct est déterminé par bpost au moment du traitement de l'envoi dans le centre de distribution de bpost.
- En termes d'affranchissement en temps utile : en apposant l'étiquette PP sur l'envoi, ce dernier est doté d'un moyen légal représentant la valeur d'affranchissement avant même le dépôt de l'envoi au centre de distribution de bpost.
- En termes de certitude de dépôt : en fournissant également à l'envoi un Mail ID, l'envoi est enregistré numériquement et le trajet du traitement de l'envoi peut être suivi.
- Garantie supplémentaire du contrôle de l'adresse : en fournissant également à l'envoi un Mail ID, les données d'adresse sont lues à ce moment-là et un contrôle est effectué quant à l'exactitude des entrées d'adresse. Les envois postaux dont l'adresse est incomplète ou incorrecte sont retirés du processus d'expédition.
- Garantie supplémentaire du suivi du processus d'expédition : comme l'envoi est également doté d'un Mail ID, il devient individualisé et traçable.

25. En imposant le pré-affranchissement obligatoire des envois postaux avec des timbres ou avec une machine à affranchir certifiée par bpost, le pouvoir adjudicateur impose une spécification technique qui crée des obstacles injustifiés à l'ouverture à la concurrence des marchés publics de services postaux. Cette spécification technique du service n'est pas intrinsèquement liée à l'objet du marché et n'est pas proportionnée à la valeur et aux objectifs du marché.

En effet, la technique d'affranchissement des envois postaux au moyen d'une "machine à affranchir" comporte 2 sous-aspects :

- 1/ L'aspect matériel, c'est-à-dire le "dispositif physique matériel" qui comprend une unité de pesage (pour déterminer le poids de la lettre et le tarif correspondant), une unité de timbrage (tête d'impression) qui imprime la valeur d'affranchissement et un code QRC sur l'enveloppe.
Les machines à affranchir ne sont pas produites par Bpost ou tout autre prestataire du service universel, mais par différents fabricants (qui ne sont pas des prestataires de services postaux, mais uniquement des producteurs/vendeurs d'appareils). Ces machines sont commercialisées par différentes sociétés qui les vendent ou les louent, généralement avec un contrat d'entretien. Bpost ne vend/loue pas lui-même des machines à affranchir, mais se réfère à des vendeurs/loueurs qui commercialisent des modèles approuvés par bpost.
- 2/ Sur le plan logiciel, la machine à affranchir contient une unité électronique qui traite des données informatiques et qui est reliée par Internet à un "fournisseur" qui commande la machine en ce qui concerne la remise et le traitement électroniques (= en ligne) des valeurs d'affranchissement.

Ce dernier aspect le plus crucial de l'utilisation d'une "machine à affranchir" appartient à 100 % en "monopole" à bpost.

Pour le démontrer, il suffit de se référer au "Guide d'utilisation bpost pour la machine à affranchir" (pièce 6, p. 3/15).

"L'utilisation d'une machine à affranchir est soumise à l'autorisation préalable de bpost. C'est pourquoi, lors de la signature du contrat de location ou de l'achat de votre machine à affranchir, le fournisseur vous a demandé de compléter une demande d'autorisation pour l'utilisation de celle-ci et l'a transmise à nos services. Cette démarche est impérative avant toute utilisation.

La notification de l'acceptation de bpost vous est envoyée dans les 5 jours. Celle-ci est indispensable avant de pouvoir commencer à utiliser votre machine à

affranchir. Si vous ne l'avez pas encore reçue, merci de contacter le Service Clients de bpost au 02 201 11 11.
Pour l'affranchissement des envois traités par bpost, seules les machines à affranchir d'un modèle approuvé par bpost peuvent être utilisées. Vous pouvez consulter la liste mise à jour des modèles approuvés sur www.bpost.be/machineaaffranchir.”

Une machine à affranchir contient un “compteur d'affranchissement sécurisé”.

Le monopole de bpost pour l'utilisation de la machine à affranchir est de *facto* juridiquement consacré par l'arrêté royal du 24 avril 2014 relatif à la réglementation du service postal.

L'article 24 de l'AR stipule :

“Art. 24. Moyennant l'autorisation du prestataire du service universel, les envois faisant partie du service universel peuvent être affranchis au moyen d'empreintes de machines à affranchir agréées.”

26. En aucun cas, il ne peut être soutenu que l'utilisation de timbres ou d'une machine à affranchir est nécessaire au regard des exigences particulières du présent marché. À cet égard, il est fait référence aux éléments d'équivalence énumérés ci-dessus.

26 [sic]. En outre, s'agissant d'une exigence technique qui restreint illégalement la concurrence, il n'est pas nécessaire de démontrer qu'il serait absolument impossible pour EasyPost de satisfaire à cette exigence technique; il suffit de démontrer que cette exigence place EasyPost dans une situation désavantageuse. Cela découle de la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de justice de l'Union européenne.

Dans un arrêt du 25 février 2003, le Conseil d'État a jugé illégal un cahier des charges dans lequel le pouvoir adjudicateur avait imposé, dans les dispositions du cahier des charges, un nombre important d'exigences techniques à retrouver dans les armoires de l'un des soumissionnaires. Le Conseil d'État a jugé que le fait de disposer d'une armoire déjà disponible répondant à ces caractéristiques spécifiques place les soumissionnaires qui ne disposent pas de cet avantage dans une situation de désavantage concurrentiel difficile à surmonter. Le fait d'adapter les spécifications à un type d'armoire provenant d'un fournisseur particulier viole le principe d'égalité et de concurrence contenu dans la loi sur les marchés publics, qui interdit de favoriser certains candidats et de désavantager les autres.

Toujours dans l'affaire NV Renotec/Région flamande, le Conseil d'État a jugé qu'il suffit qu'un soumissionnaire soit favorisé par rapport à un autre et qu'il n'est pas nécessaire de démontrer qu'il est impossible pour le soumissionnaire de satisfaire à l'exigence technique pour qu'il y ait une entrave à la concurrence.

Le fait que le pouvoir adjudicateur exige dans son cahier des charges que le prestataire accepte les affranchissements payés avec des timbres ou avec une machine à affranchir bpost exclut entièrement les autres prestataires potentiels de services postaux.

L'exigence litigieuse du cahier des charges est disproportionnée au sens de l'article 4 de la loi sur les marchés publics et est de nature à favoriser indûment certains soumissionnaires et à désavantager indûment d'autres soumissionnaires (art. 5 § 1 de la loi relative aux marchés publics).

(3) L'obligation d'avoir un point d'accès dans un rayon de 10 km des locaux des membres de la centrale d'achat

27. En ce qui concerne les points d'accès, le cahier spécial des charges exige à la page 12 que le soumissionnaire prévoit au moins un point d'accès dans un rayon de maximum 10 km des locaux des différentes entités adhérentes, auquel elles peuvent s'adresser en cas de questions ou de services urgents. Cette exigence est disproportionnée et taillée sur mesure de bpost. Seul bpost dispose par son réseau de bureaux de poste et de points de poste, d'un point d'accès dans un rayon de maximum 10 km des locaux des différentes entités adhérentes à la centrale d'achat.

Compte tenu de la libéralisation des postes et de la possibilité de diviser le marché en lots, l'exigence est disproportionnée et ne peut être justifiée au regard des exigences particulières de l'objet du marché. Cette exigence est de nature à favoriser indûment certains soumissionnaires et à désavantager indûment d'autres soumissionnaires (art. 5 § 1 de la loi relative aux marchés publics).

(4) La motivation selon laquelle le contrat ne peut être divisé en lots est inadéquate

28. La division du marché en lots selon les techniques d'affranchissement légalement possibles rendrait le marché conforme au principe de concurrence loyale. Le présent cahier des charges motive pourquoi cela ne serait pas possible. Toutefois, cette motivation n'est pas adéquate.

Motifs inadéquats : "Le marché n'est pas divisé en lots, car une division en lots distincts est difficilement réalisable sur le plan pratique lors de l'exécution. En effet, la division en lots implique de coordonner l'action de plusieurs prestataires sur un processus qui doit être intégré, et ce, dans l'intérêt des entités adhérentes."

"D'un point de vue administratif et opérationnel, l'attribution de différents lots à différents prestataires pourrait augmenter la charge de travail et donc rendre l'exécution plus coûteuse (surtout pour les entités ayant un petit budget postal). Ceci aurait également un impact sur l'environnement si plusieurs opérateurs économiques venaient quotidiennement enlever une partie du courrier."

Réfutation

29. Un lot est un marché distinct. Lorsqu'un pouvoir adjudicateur attribue un lot, il n'est pas obligé d'attribuer tous les lots. Un pouvoir adjudicateur peut arrêter une procédure d'attribution à tout moment et n'a pas d'obligation d'attribuer ni de conclure un marché. Après consultation du marché, le pouvoir adjudicateur peut choisir le lot qui lui semble le plus intéressant et il a droit d'attribuer que ce marché.

30. En outre, la partie adverse n'intervient qu'en qualité de centrale d'achat. Une fois que les différents lots sont attribués, ce sont les adhérents à la centrale d'achat qui décident individuellement quel lot ils choisissent en fonction de la méthode d'affranchissement qu'ils préfèrent. Il est inconcevable qu'un pouvoir adjudicateur choisisse de contracter sous plusieurs lots.

La partie adverse, agissant en tant que centrale d'achat, ne s'occupe pas de l'exécution du marché attribué. Le cahier spécial des charges précise que la centrale d'achat ne s'occupe pas des commandes passées par les adhérents de la centrale d'achat.

Cahier spécial p. 12 : "IPFBW décline toute responsabilité pour les commandes passées sur base du présent marché par les autres adhérents."

Dès lors, la prétendue "coordination des actions de plusieurs prestataires de service postal" est sans fondement dans les faits.

L'attribution de plusieurs lots n'entraîne non plus un surcroît de travail ou de coûts pour le pouvoir adjudicateur, puisqu'il ne choisira qu'une seule méthode d'affranchissement et ne contractera que sous un seul lot. Il n'y aura dès lors pas d'impact négatif sur l'environnement en raison de plusieurs opérateurs économiques qui viendraient quotidiennement enlever une partie du courrier. Du fait que le pouvoir adjudicateur décide lui-même sous quel lot contracter, le prétendu problème ne se manifesterait pas.

Par les motifs avancés, la partie adverse semble déjà avoir décidé au lieu des adhérents de la centrale d'achat sous quel lot il sera contracté.

31. Le législateur a – au contraire – imposé l'obligation explicite de prendre en considération toute possibilité de diviser un marché en lots afin de stimuler la concurrence et de permettre aux petites et moyennes entreprises de participer aux procédures d'attribution de marchés publics. À présent, le cahier des charges empêche ces entreprises de participer à la concurrence en les excluant par l'objet précis et large des services à prester.

La Commission européenne l'a rappelé dans le document de travail "Code européen des bonnes pratiques facilitant l'accès des PME aux marchés publics (pièce 7, p 7)

"Les PME qui souhaitent participer à des marchés publics se plaignent souvent d'en être exclues de fait pour la simple raison qu'elles ne sont pas en mesure d'exécuter l'intégralité des marchés qui les intéressent. Si les exigences spécifiques à certains marchés d'envergure peuvent justifier l'attribution de celui-ci à un seul contractant, les grands pouvoirs adjudicateurs, notamment les centrales d'achat, peuvent toujours envisager les possibilités suivantes:

1.1. Diviser les marchés en lots

Les directives 'marchés publics' autorisent la passation de marchés par lots séparés¹³. La division des commandes publiques en lots facilite clairement l'accès des PME, à la fois d'un point de vue quantitatif (la taille des lots peut être mieux adaptée aux capacités de production des PME) et d'un point de vue qualitatif (le contenu des lots peut être mieux adapté au secteur de spécialisation des PME). Par ailleurs, en favorisant la participation des PME, la division des marchés en lots développe la concurrence, ce qui est bénéfique pour les pouvoirs adjudicateurs à condition que la nature des travaux, fournitures et services en question le permette."

(5) L'absence d'un poste distinct pour l'imputation des frais de traitement et d'un poste distinct pour la valeur d'affranchissement

32. Un prestataire de services postaux qui offre des activités de routage devrait diviser la tarification en deux composants :

- d'une part, le coût du traitement, qui est soumis à une TVA de 21 %,
- d'autre part, le prix de la valeur d'affranchissement, qui est soumis à une TVA de 0 %.

L'absence d'un poste pour le coût de traitement de l'activité de routage et d'un poste distinct pour la valeur d'affranchissement facturée par la partie requérante viole les principes d'égalité de traitement et de concurrence.

La libéralisation du marché postal donne à la partie requérante le droit d'entrer en concurrence pour ce marché et l'inventaire doit être adapté de manière à ce qu'un prestataire de services pour les activités de routage puisse également soumettre un prix correct. Lorsque le pouvoir adjudicateur attribue le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse en tenant compte du meilleur rapport qualité-prix, le soumissionnaire doit être mis en mesure de proposer son prix de

manière transparente, juridiquement correcte et complète. Cela n'est pas possible avec la composition actuelle de l'inventaire ».

L'exposé et les développements du moyen unique doivent être lus en combinaison avec les points 1.2 et 1.3 de l'exposé des faits de la requête, lesquels se présentent comme suit :

« 1.2 Concernant la requérante et sa méthode de travail

6. La requérante, Postalia Belgium (ci-après également désignée par Easypost), est un prestataire de services postaux, actif sous la marque commerciale "Easypost".

Elle est prestataire d'activités de routage et les clients sont des grandes entreprises, des institutions et des administrations qui produisent de nombreux envois postaux.

Tous les envois sortants (lettres, colis, envois recommandés...) sont mis à disposition par les clients d'Easypost et le chauffeur d'Easypost vient collecter les envois à l'heure convenue. Le client peut également déposer lui-même ces envois dans un point de dépôt d'Easypost. Le client n'est pas obligé d'affranchir préalablement lui-même ces envois.

Ensuite, ces envois sont transportés vers un des centres de traitement et de distribution d'Easypost. Dans ces centres, les employés d'Easypost les numérisent : c'est-à-dire un MAIL ID (code-barres) est affranchi sur l'enveloppe ou le colis. Puis, le courrier et les colis sont triés, affranchis et préparés pour réexpédition. Le jour même, les envois postaux traités/préparés sont transportés vers un centre de bpost pour la distribution et la délivrance aux destinataires.

La collaboration entre Easypost et bpost est basée sur un contrat de sous-traitance permanente, sur base duquel bpost distribue – à des tarifs fortement avantageux – les envois postaux qu'Easypost dépose.

Grâce à un système logistique d'enlèvement très bien organisé et grâce aux machines de traitement et de tri très performantes, Easypost réussit à traiter les envois postaux d'une telle façon, qu'elle obtient de bpost de grandes réductions sur la valeur d'affranchissement, qu'Easypost sait offrir des prix très avantageux à ses clients (moins chers que les tarifs de bpost), tandis que ces envois postaux sont délivrés chez les destinataires aussi vite et aussi bien que si l'envoi était confié à bpost même. En effet, la distribution vers le destinataire est effectuée par bpost même.

Le prix que Easypost facture au client (étant l'expéditeur), couvre aussi bien les frais internes d'Easypost pour la levée et le pré-tri des envois, ainsi que la valeur de l'affranchissement qu'Easypost paie à bpost pour la distribution des envois.

1.3 Concernant les méthodes de traitement et d'affranchissement d'envois postaux

7. Un pouvoir adjudicateur a le choix entre différentes méthodes de préparation et de traitement du courrier sortant en vue de son dépôt :

- affranchir lui-même les envois postaux et les poster à la boîte aux lettres,
- affranchir lui-même les envois postaux et les faire collecter par un expéditeur externe,
- faire faire la levée et l'affranchissement par un prestataire de services postaux.

En ce qui concerne l'affranchissement lui-même, le législateur a imposé au prestataire universel de services postaux de mettre à disposition au citoyen quatre (4) techniques d'affranchissement permettant de représenter une valeur d'affranchissement sur un envoi postal (voir l'article 22 de l'arrêté royal portant réglementation du service postal du 24 avril 2014) :

“Le prestataire du service universel peut appliquer différentes techniques pour représenter une valeur d'affranchissement. Toutefois, le prestataire du service universel propose au moins une des méthodes d'affranchissement suivantes en ce qui concerne les envois de correspondance faisant partie du service universel :

- timbres-poste adhésifs et imprimés;
- empreintes de machines à affranchir;
- affranchissement en numéraire, nommé ‘Port Payé’;
- port payé par le destinataire.”

Certaines techniques d'affranchissement pour le dépôt des envois en masse sont reprises dans le Guide Masspost de bpost (voir chapitre “Modes d'affranchissement”, pièce 5).

Par conséquent, un expéditeur de courrier a le choix entre plusieurs méthodes de traitement et d'affranchissement de son courrier :

1/ L'expéditeur colle lui-même manuellement les timbres sur l'envoi.

Avec ce système, l'expéditeur préfinance les frais d'affranchissement en achetant lui-même au préalable les timbres (qui sont émis par le prestataire de services postaux universels bpost) auprès de bpost.

La preuve de l'affranchissement et de la valeur d'affranchissement est fournie par le timbre postal de bpost.

Lorsque la partie requérante, dans le cadre de la prestation de ses activités de routage, collecte et traite des envois préaffranchis, elle n'est pas (directement) rémunérée par l'expéditeur pour les services fournis et ne reçoit aucun remboursement de bpost pour les services de collecte et de pré-tri déjà fournis. L'intégralité du produit de l'affranchissement est reçue directement par bpost.

2/ L'expéditeur utilise une machine à affranchir certifiée par bpost avec un timbre d'affranchissement.

L'expéditeur doit acheter ou louer une machine à affranchir auprès de l'un des quatre partenaires certifiés par le prestataire du service universel (c'est-à-dire bpost). Seules les machines à affranchir d'un modèle préalablement approuvé par bpost peuvent être utilisées. L'utilisation d'une machine à affranchir nécessite une autorisation écrite préalable de bpost (demande de licence d'utilisation). Il s'agit d'une étape obligatoire avant la mise en service de la machine à affranchir.

Chaque machine à affranchir possède un numéro d'identification unique composé d'une série de 4 lettres et de 5 caractères (chiffres ou lettres). Par exemple : BEHM16S2J. Le numéro d'identification est attribué par bpost et figure sur l'empreinte d'affranchissement juste en dessous de la valeur d'affranchissement.



Pour pouvoir affranchir, l'expéditeur doit charger un crédit d'affranchissement. Cette opération se fait automatiquement en ligne à partir de la machine à affranchir certifiée ("Franking On Line Loading System") et toujours via un compte bancaire que l'expéditeur doit créditer suffisamment à l'avance. Le débit du crédit d'affranchissement n'est possible que si le compte d'affranchissement de bpost est suffisamment approvisionné.

Avec ce système, l'expéditeur préfinance les frais d'affranchissement en faveur de bpost en versant un acompte sur le compte bancaire de bpost. Cet acompte est à chaque fois immédiatement débité par bpost via une transaction en ligne, à hauteur de la valeur d'affranchissement appliquée à l'envoi par la machine à affranchir. La machine à affranchir doit être remplie électroniquement par l'expéditeur avec un crédit d'affranchissement suffisant, prélevé en ligne sur le compte bancaire, avant que le timbre d'affranchissement ne soit apposé.

La preuve de l'affranchissement et de la valeur de l'affranchissement est fournie par (une vignette avec) un timbre d'affranchissement bpost, créé par la tête d'impression de la machine à affranchir.

Lorsque, dans le cadre de la prestation de ses activités de routage, la partie requérante collecte et traite les envois préaffranchis à l'aide de la machine à affranchir, elle n'est pas (directement) rémunérée par l'expéditeur pour les services fournis et ne reçoit aucun remboursement de bpost pour les services de collecte et de pré-tri déjà fournis. L'intégralité du produit de l'affranchissement est versée par l'expéditeur à bpost.

3/ L'expéditeur appose sur l'envoi une vignette portant la mention Port Payé (PP).

Avec ce système, l'expéditeur paie les frais d'affranchissement après le dépôt de l'envoi, suite à la facturation par bpost des valeurs d'affranchissement. Il n'y a donc pas de préfinancement de l'affranchissement par l'expéditeur en faveur de bpost. La facturation de la valeur d'affranchissement est effectuée par bpost au titulaire du numéro PP après le dépôt des envois à bpost (voir Guide de la poste de masse bpost, pièce 5, p 20-21).



1. Adressage et affranchissement > Modes d'affranchissement

2. Le Port Payé (PP)

Le Port Payé est une solution simple et efficace pour affranchir les envois en nombre. Il suffit d'imprimer la marque PP directement sur vos enveloppes. Le montant total de l'affranchissement est payé lors du dépôt des envois ou par facturation.

Une entreprise peut obtenir un numéro PP propre et individualisé lorsqu'elle conclut un contrat avec bpost.

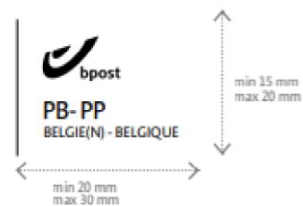
2.2.1 Les mentions à faire apparaître et les possibilités d'impression

Les mentions requises sur la marque d'affranchissement PP sont :

- BELGIQUE - BELGIE
- PB-PP
- la mention 'bpost' (telle que représentée dans les schémas ci-dessous). En effet, la législation impose d'identifier l'opérateur postal sur chaque envoi.
- dans le cas d'une marque d'affranchissement PP contractuelle, 'B-votre numéro PP. Si votre numéro PP se compose de 4 chiffres, ajoutez de préférence un 0 devant (exemple : B-01234).

Marques d'affranchissement non contractuelles (en taille réelle)

Version noir et blanc



Version couleur



Version pour imprimantes qui n'impriment pas de visuel



La partie requérante dispose de son propre numéro de PP contractuel qu'elle applique sur tous les envois affranchis par l'intermédiaire de ses services (voir illustration ci-dessous).



Numéro PP d'Easypost

La preuve de l'affranchissement et de la valeur de l'affranchissement est apportée par (la vignette avec) la mention PP accompagnée du numéro individualisé attribué au titulaire de l'étiquette PP.

La mention PP est créée à l'aide d'une imprimante avec laquelle le titulaire de l'étiquette PP imprime l'étiquette PP directement sur l'envoi, ou sur une vignette qui est collée sur l'envoi. Le montant réel de l'affranchissement n'est pas indiqué sur l'envoi, mais figure sur la facture.

L'envoi marqué PP est remis à bpost avec un bordereau. Lorsque le bordereau est traité avec tous les envois PP, bpost facture les valeurs d'affranchissement conformément aux tarifs convenus contractuellement avec le titulaire de l'étiquette PP.

Lorsque la partie requérante collecte et traite des envois postaux dans le cadre de sa prestation des activités de routage, elle applique à la fois son étiquette PP et un code-barres MAIL ID sur l'envoi postal dans ses centres de traitement et de distribution. Lorsque l'envoi est présenté au centre de distribution de bpost par la partie requérante Easypost après un tri préalable approfondi, bpost détermine le tarif par envoi sur la base des données numérisées, conformément aux accords tarifaires contractuels entre la requérante et bpost.

La requérante reçoit ensuite la facture périodique des tarifs pratiqués, qu'elle paie directement à bpost.

Puis la requérante facture à l'expéditeur les services fournis aux prix convenus contractuellement avec l'expéditeur.

4/ L'expéditeur fait collecter et affranchir l'envoi non affranchi par un prestataire d'activités de routage, tel que la requérante par exemple.

Avec ce système, l'expéditeur ne doit pas affranchir lui-même l'envoi. L'expéditeur paie les frais d'affranchissement lors de la facturation des valeurs d'affranchissement après le dépôt de l'envoi. Il n'y a donc pas de préfinancement de l'affranchissement par l'expéditeur en faveur de bpost. La facturation est effectuée par le prestataire d'activités de routage qui collecte les envois, les affranchit et les apporte aux centres de distribution de bpost.

La preuve de l'affranchissement et de la valeur de l'affranchissement est fournie par le prestataire de services (par exemple, la requérante) en apposant la mention EasyPost PP individualisée à l'aide de ses propres machines à imprimer. Le montant réel de l'affranchissement n'est pas indiqué sur l'envoi, mais figure sur la facture.

La partie requérante dispose de son propre numéro PP contractuel qu'elle appose sur tous les envois affranchis par ses services.



Numéro PP d'EasyPost

Lorsque la partie requérante collecte et traite des envois postaux dans le cadre de la prestation de ses activités de routage, elle appose à la fois son étiquette PP et un code-barres MAIL ID sur l'envoi postal dans ses centres de traitement et de distribution. Lorsque l'envoi est présenté au centre de distribution de bpost par la partie requérante EasyPost après un tri préalable approfondi, bpost détermine le tarif par envoi sur la base des données numérisées, conformément aux accords tarifaires contractuels entre la partie requérante et bpost. La requérante reçoit ensuite la facture périodique des tarifs pratiqués, qu'elle paie directement à bpost.

Puis la requérante facture à l'expéditeur les services fournis aux prix convenus contractuellement avec l'expéditeur ».

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

Le moyen unique met en cause plusieurs conditions du marché et prescriptions des documents de celui-ci, que la requérante dénonce comme adaptées au prestataire du service postal universel et nuisant au prestataire d'activités de routage, ce qu'elle déclare précisément être.

À la lecture de ses développements, ce moyen unique doit être compris comme reposant sur quatre critiques distinctes : la première prétend déceler dans l'obligation d'utilisation cumulative de deux modes d'affranchissement une condition excluant tout autre prestataire de services postaux que le prestataire du service universel (points 21 à 26 de la requête); la deuxième met en cause l'obligation d'avoir un point d'accès dans un rayon de 10 km (point 27 de la requête); la troisième dénonce le caractère inadéquat de la motivation de la décision de ne pas allouer le marché litigieux (points 28 à 31 de la requête); la quatrième reproche l'absence d'un poste distinct pour l'imputation des frais de traitement et d'un poste distinct pour la valeur d'affranchissement (point 32 de la requête).

A. Deuxième et quatrième critiques

Des déclarations faites à l'audience, à la suite de la décision adoptée par le conseil d'administration de la partie adverse le 4 août 2021, il ressort que la requérante se désiste de ses deuxième et quatrième critiques. Il n'y a donc pas lieu d'examiner celles-ci.

B. Première critique

Pour répondre aux besoins de ses adhérents en matière de services postaux, la partie adverse a choisi de concevoir le marché litigieux en définissant l'objet de celui-ci notamment par référence à la notion de « service postal universel », au sens qu'en donne l'article 15 de la loi du 26 janvier 2018 relative aux services postaux, libellé comme suit :

- « § 1^{er}. Le service postal universel comprend les prestations suivantes :
- 1° la levée, le tri, le transport et la distribution des envois postaux jusqu'à 2 kg;
 - 2° la levée, le tri, le transport et la distribution des colis postaux prestés au tarif unitaire jusqu'à 10 kg;
 - 3° la distribution des colis postaux prestée au tarif unitaire reçus d'autres États membres et pesant jusqu'à 20 kg;
 - 4° les services relatifs aux envois recommandés et aux envois à valeur déclarée.

Le service postal universel comprend aussi bien les services nationaux que les services transfrontières.

En ce qui concerne les envois de correspondance, le Roi peut, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, limiter le service postal universel aux services prestés au tarif unitaire si cela se justifie par rapport à l'évolution des besoins des utilisateurs ou si cela s'avère nécessaire pour éviter que le service universel ne devienne une charge inéquitable au sens de l'article 23, § 2, pour le prestataire du service universel.

§ 2. Le contrat de gestion visé à l'article 14, § 2 ou § 4 peut arrêter les règles et les conditions spéciales selon lesquelles le prestataire du service universel désigné remplit ses obligations de service universel.

§ 3. Les services postaux et les envois postaux à valeur ajoutée par rapport aux services faisant partie du service universel ne font pas partie du service universel. Le Roi peut, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, définir les critères sur la

base desquels ces services et ces envois à valeur ajoutée peuvent être distingués des envois et des services faisant partie du service universel et quelles sont les exigences minimales auxquelles les services standard doivent répondre ».

Il ressort du cahier spécial des charges que la partie adverse a entendu rendre applicable à ce marché la loi du 26 janvier 2018 précitée, ainsi que l'arrêté royal du 24 avril 2014 portant réglementation du service postal. Elle laisse, par ailleurs, entendre avec vraisemblance qu'est répandu l'usage, par de nombreuses entités adhérentes, des deux modes d'affranchissement que sont le timbre-poste et la machine à affranchir, modes visés à l'article 22 de l'arrêté royal du 14 avril 2014 précité.

En tant que telle – et sous réserve du grief formulé au point 21 de la requête, auquel il est répondu ci-après – la légalité de la décision d'assigner au marché litigieux un objet défini notamment par référence au « service postal universel » n'est pas mise en cause par le moyen, dont les développements paraissent devoir être compris comme critiquant l'obligation d'utilisation cumulative des deux modes d'affranchissement, en tant que cette obligation serait une modalité d'exécution du marché (à laquelle pourrait précisément, selon la requérante, être substituée une méthode alternative). Pour le surplus, si les développements du point 21 de la requête doivent se comprendre comme critiquant la légalité de l'objet d'un marché portant sur une prestation de services « limitée aux seuls prestataires de services postaux universels », cette limitation et la restriction de la concurrence à ces seuls prestataires sont affirmées sans plus par la requérante, qui n'entreprend pas, en termes de requête, d'en démontrer la probabilité, et ce alors qu'elle évoque par ailleurs les relations d'affaires qu'elle a établies avec l'actuel prestataire du service postal universel et ne fait pas état d'éléments qui imposeraient d'admettre que de telles relations sont exclues dans le cadre d'une participation au marché litigieux.

Par ailleurs, il doit être relevé que la requérante dirige sa critique contre les documents du marché en tant qu'ils imposent l'obligation d'utiliser cumulativement les deux modes d'affranchissement que sont le timbre-poste et la machine à affranchir. À la lecture de l'exposé du moyen unique et du point 22 des développements de celui-ci, il apparaît que le grief causé à la requérante par cette obligation d'utilisation cumulative consisterait à ne pas lui permettre de faire offre sur la base du modèle de rémunération qu'elle décrit comme étant celui d'un prestataire de services de routage, modèle impliquant – selon ce qu'elle en présente – un affranchissement par le prestataire de services, et non un pré-affranchissement par l'entité adhérente. Or cet inconvénient résulte en réalité de la prescription des documents du marché qui tend plus généralement à assurer que les différents modes d'affranchissement soient utilisés par les entités adhérentes (à savoir cette technique que la requérante désigne précisément comme étant le pré-affranchissement par

l'entité adhérente), tandis que l'affranchissement par l'opérateur (préconisé par la requérante) n'est prévu qu'au titre d'option. La lésion dont fait état la requérante n'apparaît donc, *prima facie*, pas être celle que causerait l'illégalité de l'obligation d'utilisation cumulative mise en cause par le moyen, mais celle qui résulterait du recours plus général au pré-affranchissement par l'entité adhérente, prescription que la requérante ne critique pas en tant que telle.

En toute hypothèse, à supposer – comme le soutient la requérante – que les modes d'affranchissement doivent s'analyser en « spécifications techniques » au sens de l'article 53 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, et dans des circonstances où il n'est pas déraisonnable d'admettre que les besoins des adhérents de la partie adverse en matière de services postaux sont susceptibles d'être rencontrés par des prestations impliquant les modes d'affranchissement par l'adhérent que sont le timbre-poste et la machine à affranchir, il n'apparaît pas – *prima facie*, et au vu de ce qui est développé en termes de requête – qu'en prescrivant le recours à ces modes d'affranchissement, la partie adverse aurait imposé des prescriptions qui ne seraient pas liées à l'objet du marché et proportionnées à sa valeur et à ses objectifs.

Il doit encore être constaté que l'argumentation développée par la requérante au titre de cette première critique n'établit pas, même *prima facie*, que les conditions fixées par les documents du marché rendraient impossible sa participation à la mise en concurrence de celui-ci et, partant, la priverait de toute chance de l'obtenir. Tout au plus, les développements de la requête font-ils apparaître que les conditions critiquées du marché ne correspondent pas au modèle économique et commercial selon lequel la requérante privilégie ordinairement son offre de services et la contrarient dans son souhait d'élaborer une offre conforme à ce modèle. Un tel inconvénient n'atteste pas, en soi, une méconnaissance de l'article 53 de la loi du 17 juin 2016 précitée ou de l'un des autres principes et dispositions dont la violation est invoquée par le moyen, en cette première critique.

Enfin, il n'y a pas lieu, pour statuer sur le moyen unique de la requête introduite en la présente cause, de se prononcer sur le « droit », dont se prévaut la requérante au point 24 de sa requête, de proposer une méthode de mise en œuvre alternative, laquelle ne pourrait être considérée par la partie adverse comme affectant son offre d'une irrégularité substantielle. Ces développements reviennent à inviter le Conseil d'État à préjuger de la régularité et, partant, du sort qui devrait être réservé à une offre que la requérante concevrait en privilégiant le modèle commercial qui lui convient, le cas échéant en dérogeant à certaines prescriptions des documents du marché.

Pour ces différentes raisons, la première critique ne peut être déclarée sérieuse.

C. Troisième critique

L'article 58 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics est libellé comme suit :

- « § 1^{er}. Le pouvoir adjudicateur peut décider de passer un marché sous la forme de lots distincts, auquel cas il en fixe la nature, le volume, l'objet, la répartition et les caractéristiques dans les documents du marché.
Pour les marchés de fournitures, de services et de travaux dont le montant estimé est égal ou supérieur au seuil européen révisable pour la publicité européenne, tel qu'applicable aux marchés publics de fournitures et de services passés par les pouvoirs adjudicateurs fédéraux, tous les pouvoirs adjudicateurs doivent envisager la division du marché en lots et, s'ils décident de ne pas diviser en lots, les raisons principales doivent être mentionnées dans les documents du marché ou dans les informations visées à l'article 164, § 1^{er}.
Si le pouvoir adjudicateur choisit de passer un marché sous la forme de lots distincts, il a le droit de n'en attribuer que certains et, éventuellement, de décider que les autres lots feront l'objet d'un ou de plusieurs nouveaux marchés, au besoin selon une autre procédure de passation.
Dans l'avis de marché, le pouvoir adjudicateur indique s'il est possible de soumettre une offre pour un seul lot, pour plusieurs lots ou pour tous les lots.
§ 2. Le pouvoir adjudicateur peut, même lorsqu'il est possible de soumettre une offre pour plusieurs lots ou tous les lots, limiter le nombre de lots qui peuvent être attribués à un seul soumissionnaire, à condition que le nombre maximal de lots par soumissionnaire soit inscrit dans l'avis de marché. Le pouvoir adjudicateur indique dans les documents du marché les critères ou règles objectifs et non discriminatoires qu'il entend appliquer pour déterminer quels lots seront attribués lorsque l'application des critères d'attribution conduirait à attribuer à un soumissionnaire un nombre de lots supérieur au nombre maximal ».

Le choix de ne pas diviser un marché en lots relève de l'appréciation discrétionnaire de l'autorité et il n'appartient pas au Conseil d'État de se substituer à celle-ci, sans préjudice de la censure d'une erreur manifeste qu'elle aurait commise en exerçant ce pouvoir d'appréciation.

Dans le cahier spécial des charges du marché litigieux, la partie adverse motive comme suit sa décision de ne pas allouer celui-ci :

- « Le marché n'est pas divisé en lots car une division en lots distincts est difficilement réalisable sur le plan pratique lors de l'exécution. En effet, la division en lots implique de coordonner l'action de plusieurs prestataires sur un processus qui doit être intégré et ce, dans l'intérêt des entités adhérentes.
D'un point de vue administratif et opérationnel, l'attribution de différents lots à différents prestataires pourrait augmenter la charge de travail et donc rendre l'exécution plus coûteuse (surtout pour les entités ayant un petit budget postal). Ceci aurait également un impact sur l'environnement si plusieurs opérateurs économiques venaient quotidiennement enlever une partie du courrier ».

Ce faisant, la partie adverse a satisfait à l'obligation qui lui incombait de mentionner dans les documents du marché les raisons principales qui la déterminaient à ne pas diviser ce marché en lots.

Contrairement à ce que laisse entendre le moyen, la partie adverse ne considère pas que la division du marché en lots ne serait pas possible, mais bien qu'elle ne lui apparaît pas opportune, pour les différentes raisons qu'elle expose. Pour le reste, la requérante critique, au travers des développements du moyen, l'opportunité de cette décision de ne pas allotir, mais elle n'établit pas qu'adoptée sur la base de ces raisons, cette décision procéderait d'une erreur manifeste d'appréciation.

La troisième critique formulée à l'appui du moyen unique n'apparaît pas sérieuse. Celui-ci ne peut, en conséquence, être considéré comme tel.

V. Indemnité de procédure et autres dépens

La partie adverse sollicite la condamnation de la requérante au paiement de l'indemnité de procédure de base de 700 euros.

À l'audience du 6 août 2021, la requérante n'a fait état d'aucun élément dont le Conseil d'État pourrait tenir compte pour réduire le montant de l'indemnité sollicitée.

Il y a lieu, en conséquence, de faire droit à la demande d'indemnité de procédure de la partie adverse.

Le rejet de la demande de suspension justifie, par ailleurs, que les autres dépens soient laissés à la requérante.

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

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

La requérante supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 20 euros et l'indemnité de procédure de 700 euros accordée à la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre des vacations siégeant en référé, le 12 août 2021 par :

David De Roy,
Céline Morel,

conseiller d'État, président f.f.,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Céline Morel

David De Roy