

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

n° 254.968 du 8 novembre 2022

A. 237.385/VI-22.428

En cause : **la société à responsabilité limitée
TRANSPORT ET GARAGE BAS,**
ayant élu domicile chez
M^{es} Aurélien VANDEBURIE et
Sarah FIACCAPRILE, avocats,
boulevard Bischoffsheim 33
1000 Bruxelles,

contre :

la société anonyme de droit public BPOST,
ayant élu domicile chez
M^{es} Kathleen DE HORNOIS et
Mattias VAN SCHEL, avocats,
Luchthaven Brussel Nationaal 1J
1930 Zaventem.

Requérante en intervention :

la société anonyme EUROBUSSING BRUSSELS,
ayant élu domicile chez
M^e Xavier CLOSE, avocat,
boulevard de la Sauvenière 85/101
4000 Liège.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 3 octobre 2022, la société à responsabilité limitée Transport et Garage Bas demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de :

- « - la décision du 16 septembre 2022 de la partie adverse d'attribuer à la S.A. Eurobussing Brussels le lot 1 du marché public de services n° 2021-1-017 ayant pour objet "marché pour différents services de navette pour le transport de personnel bpost entre les différentes gares ferroviaires vers les centres de tri postaux de bpost à Bruxelles (Lot 1)" ;
- la décision du même jour et de la même personne de ne pas attribuer ce lot à la partie requérante ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 4 octobre 2022, l'affaire a été fixée à l'audience du 19 octobre 2022.

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

Par une requête introduite le 17 octobre 2022, la société anonyme Eurobussing Brussels demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

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

M. Imre Kovalovszky, Président de chambre, a exposé son rapport.

M^{es} Aurélien Vandeburie et Sarah Fiaccaprile, avocats, comparaissant pour la partie requérante, M^{es} Kathleen De Hornois et Laura Legardien, avocats, comparaissant pour la partie adverse, et M^e Xavier Close, avocat, comparaissant pour la requérante en intervention, ont été entendus en leurs observations.

M. Lionel Renders, 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. Faits utiles à l'examen de la demande

Les 21 et 25 juin 2021, la partie adverse publie au *Bulletin des Adjudications* ainsi qu'aux annexes du *Journal Officiel de l'Union européenne* un avis de marché portant sur un marché de services relatif à différents services de navette pour le transport de personnel bpost entre les différentes gares ferroviaires vers les centres de tri postaux de bpost à Bruxelles (lot 1), Gand (lot 2) et Anvers (lot 3).

Le marché est passé selon la procédure négociée avec mise en concurrence préalable avec publicité européenne et comprenait trois lots distincts pour Bruxelles (lot 1), Gand (lot 2) et Anvers (lot 3). Il comprenait également un quatrième lot. Toutefois, la partie adverse a jugé opportun de ne pas poursuivre la

procédure de marché pour ce quatrième lot. Le marché est régi par un guide de sélection. Pour le lot 1, le montant estimé du marché s'élevait initialement à 8.400.000 euros.

Le 15 juillet 2021, la partie adverse reçoit les demandes de participation de plusieurs soumissionnaires pour le lot 1, dont celle de la partie requérante.

Le 22 avril 2022, la partie adverse prend une décision de sélection des candidats. Le 2 mai 2022, elle communique aux soumissionnaires le cahier des charges.

La date limite de réception des (premières) offres avait été fixée au 6 juin 2022. Conformément aux dispositions du cahier des charges, la partie adverse a fait usage de la possibilité de demander à plusieurs soumissionnaires d'introduire une dernière et meilleure offre (*best and final offer* ou BAFO) au plus tard pour le 19 juillet 2022.

En date du 19 juillet 2022, la partie adverse réceptionne la BAFO de la partie requérante, laquelle portait sur le lot 1. Elle reçoit également à cette date deux BAFO pour ce lot, lesquelles ont respectivement été introduites par la SA Eurobussing Brussels et la SA Coach Partners Brabant.

Au terme de l'examen auquel a procédé la partie adverse, les offres pour le lot 1 sont classées de la manière suivante :

- Eurobussing Brussels : 83,37 points ;
- Transport et garage Bas : 80,47 points ;
- Coach Partners Brabant : 79,31 points.

Le 16 septembre 2022, la partie adverse notifie à la requérante sa décision motivée d'attribution du marché à la SA Eurobussing Brussels.

IV. Intervention

Par une requête introduite le 17 octobre 2022, la SA Eurobussing Brussels demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En tant que bénéficiaire du marché litigieux, 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. Recevabilité de la demande en tant qu'elle est dirigée contre le second acte attaqué

Le recours est dirigé contre la décision du 16 septembre 2022 d'attribuer le lot 1 du marché concerné à la SA Eurobussing Brussels et contre la décision du même jour de ne pas attribuer ce lot à la partie requérante.

Si, en règle générale, la décision d'attribution fait apparaître, *ipso facto*, que le marché litigieux n'est pas accordé aux autres soumissionnaires, de sorte que la censure éventuelle de cette décision d'attribution affecte nécessairement le refus implicite d'attribuer le marché à d'autres candidats ou soumissionnaires, il n'en reste pas moins qu'un candidat ou soumissionnaire malheureux peut obtenir la censure du refus implicite – résultant de l'attribution – de lui attribuer l'avantage en cause, s'il démontre, de manière convaincante et pertinente, que le marché passé avec un tiers devait lui être attribué. En l'espèce, aucun élément concret n'a été invoqué par la requérante, qui permettrait d'aboutir à la constatation que la partie adverse n'avait d'autre option que de lui attribuer le lot 1 du marché litigieux. Il s'ensuit qu'en tant qu'elle est dirigée contre le refus implicite d'attribuer ledit lot à la requérante, la demande de suspension est irrecevable.

V.2. Intérêt à agir

V.2.1. Thèse des parties

La partie adverse constate que la requérante demeure redevable de dettes sociales vis-à-vis de l'ONSS et de dettes fiscales vis-vis du SPF Finances.

Elle expose ce qui suit :

- « Lors de la phase de sélection du marché litigieux effectuée en 2021, la partie adverse avait déjà constaté sur base des attestations fiscales (pièce confidentielle 4) et sociales (pièces confidentielles 5 et 6) fournies par la partie requérante que cette dernière était redevable de dettes de nature fiscale et sociale vis-à-vis respectivement du SPF Finances et de l'ONSS. La partie adverse avait alors contacté la partie requérante pour des clarifications, laquelle avait notamment répondu que “les modalités de paiement relatives à l'apurement de cette dette sont strictement respectées” (pièce non confidentielle 8.A.). Ayant égard à la réponse de la partie requérante et au fait que la date d'approbation du plan d'apurement de la partie requérante était incertaine, la partie adverse avait alors procédé à la régularisation de cette irrégularité en décidant de tout de même sélectionner la partie requérante conformément à l'article 68 de la loi du 17 juin 2016 sur les marchés publics.

En septembre 2022, la partie adverse a procédé une nouvelle fois à la vérification de l'existence de dettes fiscales et sociales dans le chef de la partie requérante. Lors de cette vérification, la partie adverse s'est aperçue que les dettes sociales et fiscales de la partie requérante n'avait en réalité pas été apurées. Bien au contraire, la partie adverse constatait que ces dettes fiscales et sociales avaient augmentées de manière considérable. En effet,

- Au mois de juillet 2021, les dettes sociales de la partie requérante s'élevaient à 70.719,33 EUR (pièce confidentielle 5). Les dettes sociales de la partie requérante s'élevaient à 58.998,56 EUR au mois d'août 2021 (pièce confidentielle 6). A ce stade, la partie requérante n'avait toutefois pas de dettes fiscales (pièce confidentielle 4) ;
- En septembre 2022, les dettes sociales de la partie requérante s'élevaient à 111.614,25 EUR (pièce confidentielle 11). Ses dettes fiscales s'élevaient à un montant de 6.321,22 EUR (pièce confidentielle 10) ;
- Enfin, en octobre 2022, les dettes sociales de la partie requérante s'élevaient toujours à 111.614,25 EUR (pièce confidentielle 13). Ses dettes fiscales s'élevaient à un montant de 6.341,45 EUR (pièce confidentielle 12).

Ces variations de montants dans les dettes fiscales et sociales permettent légitimement de douter du respect du plan d'apurement prétendument octroyé. Dans l'hypothèse où ledit plan d'apurement est bel et bien respecté, il conviendra premièrement que la partie requérante le démontre. Or même dans cette hypothèse, il ressort des pièces du dossier que de nouvelles dettes sont encore actuellement contractées par la partie requérante.

Conformément à l'article 68 de la loi du 17 juin 2016 sur les marchés publics, le recours à la régularisation précitée n'est possible qu'à une seule reprise, de sorte qu'une régularisation supplémentaire ne pourrait avoir lieu une nouvelle fois ».

Elle en conclut que la requérante n'a pas intérêt au recours puisqu'elle demeure à ce jour redevable de dettes sociales vis-à-vis de l'ONSS et de dettes fiscales vis-à-vis du SPF Finances et qu'au vu de cette situation, le marché litigieux ne pourrait en tout état de cause pas être attribué à la requérante.

L'intervenante fait également valoir que la requérante n'est pas dans les conditions de l'article 68, § 3, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, que la suspension de l'exécution de la décision d'attribution ne lui rendrait aucune chance d'obtenir le marché et qu'elle ne dispose dès lors d'aucun intérêt à la suspension.

V.2.2 Appréciation du Conseil d'État

L'exception d'irrecevabilité repose sur l'affirmation selon laquelle, à la suite de la suspension de l'exécution de l'acte attaqué, le pouvoir adjudicateur ne pourrait attribuer le marché en cause à la requérante, dès lors que cette dernière est visée par le motif d'exclusion obligatoire prévu par l'article 68 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics. En d'autres termes, il est soutenu que la suspension ne procurerait aucun avantage à la requérante, et ce en application de l'article 68 précité.

Une telle exception se rattache aux conditions dans lesquelles était admis l'intérêt au recours formé contre la décision d'attribution d'un marché public, et ce antérieurement au régime aujourd'hui fixé par la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions. La reconnaissance de l'intérêt à un tel recours était alors subordonnée à la probabilité que l'annulation sollicitée procurât un avantage au requérant, cet avantage s'identifiant notamment dans la nouvelle chance de se voir attribuer le marché convoité.

Selon le régime fixé par la loi du 17 juin 2013 précitée, la recevabilité *ratione personae* du recours en annulation dirigé contre la décision d'attribution d'un marché public ne se vérifie plus en considération d'une perspective d'avantage que procurerait l'annulation sollicitée, mais bien au regard des prescriptions de l'article 14 de cette loi, lequel se lit comme suit :

- « À la demande de toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché ou une concession déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée, l'instance de recours peut annuler les décisions prises par les autorités adjudicatrices, y compris celles portant des spécifications techniques, économiques et financières discriminatoires, au motif que ces décisions constituent un détournement de pouvoir ou violent :
- 1° le droit de l'Union européenne en matière de marchés publics ou de concessions applicable au marché ou à la concession concerné, ainsi que la législation en matière de marchés publics ou de concessions ;
 - 2° les dispositions constitutionnelles, légales ou réglementaires ainsi que les principes généraux du droit applicables au marché ou à la concession concerné ;
 - 3° les documents du marché ou de la concession ».

Pour statuer sur l'intérêt au recours introduit contre une décision prise par une autorité adjudicatrice, les dispositions précitées de la loi du 17 juin 2013 imposent de vérifier que la partie requérante a ou a eu un intérêt à obtenir le marché et qu'elle soulève au moins un moyen fondé sur une violation l'ayant lésée ayant risqué de la léser.

Les deux conditions susvisées paraissent remplies en l'espèce.

D'une part, la requérante a déposé offre pour le lot 1 du marché concerné.

D'autre part, ni la partie adverse ni la partie intervenante ne soutiennent qu'aucun moyen de la requête ne dénoncerait une irrégularité ayant lésé la requérante ou ayant risqué de la léser. Il convient de souligner qu'à l'occasion de la procédure ayant mené à la décision d'attribution faisant l'objet du présent recours, la

partie adverse n'a pas exclu la requérante. Il n'appartient pas au Conseil d'État, dans le cadre de l'examen de la recevabilité du recours, de substituer son appréciation à celle du pouvoir adjudicateur et de vérifier, à sa place, si la requérante aurait dû être exclue pour le motif que la partie adverse invoque pour la première fois dans sa note d'observations. Il ne peut donc être considéré que les irrégularités dénoncées dans le recours n'ont pu, pour ce motif, léser la requérante. Il suffit, dès lors, de constater que, dans le premier moyen, cette dernière, dont l'offre a été classée deuxième, soutient que la décision d'attribution a illégalement retenu l'offre d'un autre soumissionnaire, et que le troisième moyen dénonce un vice d'incompétence qui vicierait tant les documents du marché (cahier spécial des charges et guide de sélection) que la décision d'attribution, une telle irrégularité, qui touche à l'ordre public, devant être considérée comme ayant lésé ou ayant risqué de léser la requérante.

L'exception d'irrecevabilité doit, en l'état actuel de la procédure, être rejetée.

VI. Troisième moyen

VI.1. Requête

La requérante prend un troisième moyen de :

- « - l'incompétence de l'auteur de l'acte ;
- la violation de l'article 169 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ;
- la violation des articles 11 et 17 de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques ;
- la violation des Statuts de bpost (publiés aux annexes du Moniteur belge du 5 juin 2020, n° 20063169) ;
- la violation de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions et, notamment, ses articles 4 et 5 ;
- la violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et, notamment, ses articles 2 et 3 ;
- la violation du principe général de motivation interne et externe des actes administratifs ;
- l'excès de pouvoir »,

en ce qu' « il n'apparaît pas que les documents du marché, la décision de sélection des candidats invités à déposer offre et la décision d'attribution ont été adoptés par l'organe compétent, à savoir le conseil d'administration »,

alors qu' « il appartenait au conseil d'administration d'adopter pareils documents et ces décisions »,

de sorte que « l'acte attaqué, adopté par un auteur incompétent, ou qui se fonde sur des documents de marché ou une décision de sélection adoptés par une autorité incompétente, est également illégal ».

La requérante expose que l'article 11, § 2, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques prévoit que « les marchés de travaux, de fournitures et de services sont passés par ou en vertu d'une décision du conseil d'administration de l'entreprise publique. Le conseil d'administration détermine les marchés pour lesquels le comité de direction est seul compétent et les marchés pour lesquels le comité peut déléguer la décision », que l'article 17, § 1^{er}, de la même loi prévoit que le conseil d'administration « a le pouvoir d'accomplir tous les actes nécessaires ou utiles à la réalisation de l'objet social de l'entreprise publique », que les statuts de bpost prévoient que le conseil d'administration « a le pouvoir d'accomplir tous les actes nécessaires et utiles à la réalisation de l'objet social de la société » et qu'il peut « déléguer à l'administrateur délégué et à d'autres personnes des pouvoirs spéciaux et limités ».

Elle fait valoir qu'il n'apparaît pas que les documents du marché (guide de sélection et cahier spécial des charges), la décision de sélection des candidats invités à déposer offre, et la décision d'attribution ont été adoptés par le conseil d'administration. Elle relève que la décision d'attribution est signée par trois personnes qui ne sont pas membres du conseil d'administration, ni n'ont la qualité d'administrateur-délégué et qu'on ignore en vertu de quel mandat ou pouvoir ils agissent. Elle allègue que rien n'établit que les auteurs de l'acte attaqué disposent d'une délégation valable et, notamment, publiée, leur permettant d'adopter l'acte attaqué. Elle en conclut que l'acte attaqué a été adopté par un auteur incompétent. Elle ajoute qu'il incombe à la partie adverse de démontrer que les documents de marché (guide de sélection et cahier spécial des charges) et la décision de sélection ont été adoptés par l'organe compétent (conseil d'administration) ou par une personne valablement habilitée pour ce faire, à défaut de quoi la décision d'attribution, qui se fonde sur cette décision de sélection et ces documents de marché, serait illégale, ceux-ci ayant été adoptés par un auteur incompétent.

VI.2. Note d'observations

Dans sa note d'observations, la partie adverse expose que selon ses statuts, le conseil d'administration a le pouvoir d'accomplir tous les actes nécessaires ou utiles à la réalisation de l'objet de la société, à l'exception de ceux que la loi ou les statuts réservent à l'assemblée générale des actionnaires, qu'ils prévoient que le conseil d'administration peut déléguer à l'administrateur-délégué et

à d'autres personnes des pouvoirs spéciaux et limités, et que la subdélégation de ces pouvoirs est également autorisée sauf disposition contraire.

Elle soutient qu'en l'espèce, une délégation de pouvoir a bien été effectuée par le conseil d'administration à l'administrateur-délégué et que ce dernier a ensuite consenti une subdélégation de pouvoirs spécifiquement pour la passation de marchés publics en mars 2022. Selon elle, il ressort du dossier administratif que la décision de sélection, l'acte attaqué et les documents de marché (guide de sélection et cahier des charges) ont tous été approuvés conformément aux règles prévues par cette subdélégation.

VI.3. Requête en intervention

Après avoir rappelé la teneur des statuts de la partie adverse, la partie intervenante reproduit la délégation publiée au *Moniteur belge* du 16 novembre 2017 et elle en conclut que, dès lors que la valeur du lot 1 a été évaluée à 8.400.000 euros, l'attribution de ce lot est bien de la compétence de l'administrateur-délégué (CEO), sur délégation du conseil d'administration.

Elle souligne qu'un document de subdélégation a par ailleurs été rédigé et approuvé (notamment) par le CEO de bpost (pièce n° 10 du dossier administratif) et qu'il en ressort que le cahier des charges pour le marché concerné devait être approuvé par le « *Cluster Manager Procurement* » et le « *Category expert* », ce qui a été le cas, et que tant la décision de sélection des candidats que la décision d'attribution devaient être prises par le « *Head of Procurement* », le « *Cluster Manager Procurement* » et le « *Category Expert* », ce qui a été le cas également, de sorte que les autorités ayant approuvé le cahier des charges, décidé de la sélection des candidats et attribué le marché étaient bien compétentes pour le faire.

VI.4. Audience

À l'audience, les conseils de la requérante soulignent qu'aucune pièce du dossier n'établit que le guide de sélection et le cahier des charges ont été effectivement adoptés par les organes compétents, de sorte que la décision d'attribution du marché ne peut se fonder sur le cahier des charges y relatif ni sur le guide de sélection, qui, lui-même, fonde la décision de sélection. Par ailleurs, ils relèvent que la subdélégation n'est pas publiée, de sorte qu'elle n'est pas opposable à la requérante, et qu'elle est établie en langue anglaise, ce qui est contraire aux articles 39 à 42 des lois sur l'emploi des langues en matière administrative, coordonnées le 18 juillet 1966, et qu'en vertu de l'article 58 de ces lois, la subdélégation est nulle, de sorte que l'acte attaqué a été pris par des auteurs

incompétents. Ils ajoutent que la subdélégation date du 17 avril 2022 et qu'elle ne peut donc pas justifier la compétence des auteurs d'arrêter le guide de sélection. Enfin, ils font valoir qu'en toute hypothèse, la subdélégation consentie au profit du *Head of procurement* et du *Category Expert* pour les marchés publics d'une valeur comprise entre 1.0000.000 euros et 10.000.000 euros requiert l'approbation préalable du *lead buyer* et qu'il ne ressort d'aucune des subdélégations ni du dossier administratif que le *lead buyer* aurait donné aux signataires de ces décisions l'approbation requise.

Les conseils de la partie adverse allèguent que la subdélégation de pouvoirs dont il est question en l'espèce constitue un document à usage interne uniquement et qui n'a pas vocation à être adressé au public, de sorte que, d'une part, la délégation ne doit pas nécessairement être publiée et que, d'autre part, la législation coordonnée sur l'emploi des langues n'est pas applicable. Elles soulignent par ailleurs que la subdélégation de pouvoir en question respecte les formalités prévues dans les statuts de la partie adverse, lesquels ne prévoient pas de formalité de publicité spécifique à l'égard de la subdélégation de pouvoir. S'agissant de la date de la subdélégation et de sa validité vis-à-vis du guide de sélection, la partie adverse se réfère au contenu de sa pièce 10 qui mentionne en préambule que la subdélégation de pouvoir est basée sur la police de délégation de pouvoirs telles qu'approuvée par le conseil d'administration en date du 30 juin 2017, à savoir préalablement à l'adoption de l'ensemble des documents de marché. Elle ajoute à son dossier administratif sa nouvelle pièce 11, qui constitue la subdélégation qui était en vigueur au moment de l'adoption du guide de sélection et allègue que les règles de cette subdélégation ont bien été suivies également. Enfin, elle dépose également une pièce 12, de laquelle il ressort que l'approbation du *lead buyer* a bien été donnée pour la décision d'attribution et elle souligne que la pièce 5 le démontre également pour l'approbation du cahier spécial des charges.

S'agissant du troisième moyen, la partie intervenante se réfère à l'argumentation de la partie adverse.

VI.5. Appréciation du Conseil d'État

L'article 11, § 2, alinéa 1^{er}, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques dispose comme suit :

- « Les marchés de travaux, de fournitures et de services sont passés par ou en vertu d'une décision du conseil d'administration de l'entreprise publique. Le conseil d'administration détermine les marchés pour lesquels le comité de direction est seul compétent et les marchés pour lesquels le comité peut déléguer la décision ».

Aux termes de l'article 17, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la même loi :

« Le conseil d'administration a le pouvoir d'accomplir tous les actes nécessaires ou utiles à la réalisation de l'objet social de l'entreprise publique ».

Les statuts de la partie adverse du 13 mai 2020, publiés aux annexes du *Moniteur belge* du 5 juin 2020, énoncent notamment ce qui suit :

« Pouvoirs du conseil d'administration

§ 1. Le conseil d'administration a le pouvoir d'accomplir tous les actes nécessaires ou utiles à la réalisation de l'objet de la société, à l'exception de ceux que la loi ou les présents statuts réservent à l'assemblée générale des actionnaires.

§ 2. Le conseil d'administration peut déléguer à l'administrateur-délégué et à d'autres personnes des pouvoirs spéciaux et limités. La sous-délégation de ces pouvoirs est autorisée sauf disposition contraire ».

Le 16 novembre 2017 est publié au *Moniteur belge* un « extrait de la politique de délégation de pouvoirs approuvée par le conseil d'administration de bpost le 30 juin 2017 », qui porte notamment ce qui suit :

« [...]

Le Conseil d'administration délègue les pouvoirs de décision et de représentation suivants au CEO, agissant seul et avec pouvoir de substitution :

- Achat de travaux, de produits et de services
- Les affectations ou les contrats relatifs à l'exécution de travaux, de fourniture de produits ou la fourniture de services à bpost pour lesquels le coût total par affectation ou contrat ou série d'affectations ou contrats connexes ne dépasse pas 10.000.000 EUR.

Afin d'éviter toute confusion, il est précisé que ces pouvoirs comprennent également, mais sans s'y limiter, le pouvoir de décider, conclure et signer des demandes de propositions, des spécifications, des contrats, des actes notariés ou d'autres actes authentiques, des bons de commande ; et le pouvoir de prendre des décisions sur, par exemple, le démarrage ou l'arrêt d'appels d'offres, la sélection des candidats, l'attribution des contrats, y compris l'attribution des contrats fondés sur un accord-cadre existant, la résiliation des contrats et tout autre document connexe. Il est en outre précisé que la fourniture de produits comprend également, mais sans s'y limiter, l'achat, la vente, la location, la location-vente ou la mise en prêt de biens meubles.

- [...] ».

Les parties adverse et intervenante se prévalent d'une subdélégation de pouvoirs accordée par le CEO (l'administrateur-délégué) aux membres individuels du *Group Executive Management* spécifiquement pour la passation des marchés publics.

Selon les avis de marché, la valeur totale estimée du marché litigieux est d'un montant de 11.500.000 euros HTVA. Si la valeur estimée du lot 1 est d'un montant de 8.400.000 euros HTVA, la compétence pour décider d'approuver le cahier spécial des charges ne semble pas pouvoir être appréhendée au regard de ce montant mais bien au regard du montant précité de 11.500.000 euros HTVA. Il ressort en effet de la décision précitée du 30 juin 2017 du conseil d'administration

que, pour déterminer les marchés pour lesquels l'administrateur-délégué bénéficie de la délégation de pouvoirs, il convient de prendre en considération le « coût total par [...] contrat ou [...] contrats connexes », ce coût total ne pouvant dépasser 10.000.000 euros. Il s'ensuit, *prima facie*, qu'il convient d'avoir égard non au coût du seul lot 1, mais au coût total du marché, lequel dépasse la limite prévue dans la décision de délégation.

Le marché litigieux ne relève pas des marchés pour lesquels le conseil d'administration a délégué ses pouvoirs à l'administrateur-délégué. Il s'ensuit, *prima facie*, qu'il revenait au conseil d'administration de prendre la décision d'approuver le cahier spécial des charges, conformément aux articles 11, § 2, alinéa 1^{er}, et 17, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 21 mars 1991.

La pièce n° 5 du dossier administratif comporte une mention indiquant que le cahier spécial des charges a été approuvé par Thomas ALOY, administrateur. À l'audience, le conseil de la partie adverse a certes affirmé qu'il existait une décision du conseil d'administration. Toutefois, force est de constater que le dossier administratif ne comporte aucune décision d'approbation du cahier spécial des charges par le conseil d'administration.

Au terme de l'examen effectué en extrême urgence sur la base des pièces déposées au dossier administratif, il y a lieu de conclure que le cahier spécial des charges ne paraît pas avoir été adopté par l'organe compétent de la partie adverse. Cette irrégularité vicie l'ensemble de la procédure de passation du marché et, partant, le premier acte attaqué. Au demeurant, il apparaît que celui-ci aurait également dû être adopté par le conseil d'administration, ce qui ne semble pas avoir été le cas, le dossier administratif ne comportant aucune décision du conseil d'administration ayant cet objet.

Le moyen est sérieux.

VII. Balance des intérêts

La partie adverse n'identifie pas – et le Conseil d'État n'aperçoit pas – les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué, qui l'emporterait sur ses avantages.

VIII. Confidentialité

La partie requérante demande que son offre et sa BAFO, qu'elle dépose en pièce 1 confidentielle annexée à sa requête, soient soustraites à la consultation des tiers.

Dans sa note d'observations, la partie adverse demande que les pièces C.1 à C.17 de son dossier demeurent confidentielles. Il s'agit des demandes de participation (pièces C.1 à C.3), d'une attestation fiscale de la requérante pour l'année 2021 (pièce C.4), des attestations sociales de la requérante de juillet et août 2021 (pièces C.5 et C.6), des BAFO (pièces C.7 à C.9), des attestations fiscales et sociale de la requérante pour 2022 (pièces C.10 à C.12), ainsi que des attestations fiscales et sociales de la SA Eurobussing pour 2021 et 2022 (pièces C.14 à C.17).

Ces pièces peuvent être maintenues confidentielles à ce stade, aucune contestation spécifique n'étant formulée quant à leur non-production aux débats par les parties au litige.

La partie adverse a également sollicité le maintien de la confidentialité de deux pièces déposées le 18 octobre 2022, à savoir le procès-verbal d'ouverture des demandes de participation ainsi que le relevé des pièces qui auraient été déposées par la SA Eurobussing le 22 juillet 2021. À l'audience, elle a renoncé à la confidentialité de ce dernier document mais a maintenu sa demande de confidentialité quant au PV d'ouverture des demandes de participation. Eu égard à la conclusion à laquelle aboutit l'examen du troisième moyen, il n'apparaît pas nécessaire d'ordonner la production de cette dernière pièce, de sorte que sa confidentialité doit être maintenue à ce stade de la procédure.

IX. Remboursement

Il apparaît à la consultation du compte bancaire ouvert auprès du service désigné au sein du Service public fédéral des Finances comme compétent pour percevoir les droits et les contributions qui sont à payer dans le cadre d'une procédure introduite devant le Conseil d'État que le droit et la contribution relatifs à l'introduction de la requête ont été payés deux fois, un premier paiement de 222 euros ayant été effectué le 4 octobre 2022 et second paiement de 224 euros en date du 13 octobre 2022. Il y a dès lors lieu de rembourser à la partie requérante le montant de 222 euros indûment payé.

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

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la SA Eurobussing Brussels est accueillie.

Article 2.

La suspension de l'exécution de la décision adoptée par bpost le 16 septembre 2022 d'attribuer à la S.A. Eurobussing Brussels le lot 1 du marché public de services n° 2021-1-017 ayant pour objet « marché pour différents services de navette pour le transport de personnel bpost entre les différentes gares ferroviaires vers les centres de tri postaux de bpost à Bruxelles (Lot 1) » est ordonnée.

La demande est rejetée pour le surplus.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

La pièce 1 confidentielle du dossier de la partie requérante, les pièces C.1 à C.17 du dossier administratif, ainsi que le procès-verbal d'ouverture des demandes de participation, déposé par la partie adverse au dossier administratif le 18 octobre 2022, sont, à ce stade de la procédure, tenus pour confidentiels.

Article 5.

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

Article 6.

Le montant de 222 euros versé indûment par la partie requérante lui sera remboursé par le service désigné au sein du Service public fédéral des Finances

comme compétent pour percevoir les droits et les contributions qui sont à payer dans le cadre d'une procédure introduite devant le Conseil d'État.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le 8 novembre 2022, par :

Imre Kovalovszky,
Vincent Durieux,

président de chambre,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

Imre Kovalovszky