

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

n° 257.773 du 27 octobre 2023

A.240.080/VI-22.642

En cause : **la société à responsabilité limitée DDP MESSAGERIE,**
ayant élu domicile chez
M^e Cyrille DONY, avocat,
avenue des Mélèzes 31
1410 Waterloo,

contre :

**la société coopérative INTERCOMMUNALE DE SANTÉ
PUBLIQUE DU PAYS DE CHARLEROI,**
ayant élu domicile chez
M^{es} Jean LAURENT et
Charline SERVAIS, avocats
avenue Louise 250
1050 Bruxelles.

Requérante en intervention :

la société à responsabilité limitée POSTALIA BELGIUM,
ayant élu domicile chez
M^e George Dobbelaere, avocat,
Bommelsrede 26
9070 Heusden.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 20 septembre 2023, la société à responsabilité limitée (SRL) DDP Messagerie demande, d'une part, la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision de de l'ISPPC du 23 août 2023 d'attribuer le marché public de services ayant pour objet la distribution du courrier médical et le transport de colis (2024-2026) à la SPRL POSTALIA BELGIUM (lot 1) et à la SPRL BRUSSELS BUSINESS COURRIER (lot 2) » et, d'autre part, l'annulation de cette décision.

II. Procédure

Par une ordonnance du 21 septembre 2023, l'affaire a été fixée à l'audience du 6 octobre 2023.

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

Par une requête introduite le 5 octobre 2023, la société à responsabilité limitée Postalia Belgium demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

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

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

M^e Cyrille Dony, avocat, comparaisant pour la partie requérante, M^e Jean Laurent et Charline Servais, avocats, comparaisant pour la partie adverse, et M^e Rika Heijse et M. Jos Fischer, directeur, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Esther Rombaux, 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

Selon la relation qu'en donne la partie adverse, les faits utiles à l'examen de la demande se présentent comme suit :

- « 1. En sa séance du 21 juin 2023, le Bureau Exécutif de l'ISPPC décide de lancer un marché public de services ayant pour objet la distribution du courrier médical et le transport de colis pour les années 2024 à 2026 (pièce n° 1)

Ce marché est passé par procédure ouverte.

Le cahier des charges (« CSC ») prévoit que le marché est divisé en deux lots comme suit (pièce n° 2) :

- “ lot 1 ‘Transport du courrier médical (courrier et colis)’
Ce lot concerne l'enlèvement et le dépôt du courrier et de colis à destination de médecins et de mutuelles.

Particularité

Il s'agit, pour l'essentiel, d'un travail de nuit puisque l'ensemble du courrier et des colis à destination des médecins doit être impérativement déposé pour 6 heures du matin.

Le courrier et les colis à destination des mutuelles doit être déposé dans les 24 heures.

Le courrier de Direction ordinaire et recommandé (exceptionnel) doit être affranchi et impérativement déposé au tri postal de Fleurus pour 18 heures le jour même de l'enlèvement.

Toutes les quantités mentionnées sont dites "présumées". Il est possible que ces quantités puissent varier suite à l'évolution de la transmission électronique du courrier dont objet.

Sites concernés (liste non exhaustive) :

- ISPPC sc - CHU de Charleroi - Site Espace Santé, Boulevard Zoé Drion 1 à 6000 Charleroi
- ISPPC sc - CHU de Charleroi - Site A. Vésale, rue de Gozée 706 à 6110 Montigny-le-Tilleul
- ISPPC sc - CHU de Charleroi - Site Hôpital Civil Marie Curie (HCMC), chaussée de Bruxelles 140 à 6042 Lodelinsart
- AIHSHSN srl - Centre de Santé des Fagnes, boulevard Louise 18 à 6460 Chimay

lot 2 'Transport de prélèvements pour le service laboratoire, de médicaments pour le service pharmacie'

Ce lot concerne le transport de prélèvements pour le service Laboratoire de Biologie Clinique, de médicaments pour le service Pharmacie et autre matériel médical pour tout autre service.

Sites concernés (liste non exhaustive) :

- ISPPC sc - CHU de Charleroi - Site Espace Santé, boulevard Zoé Drion 1 à 6000 Charleroi
- ISPPC sc - CHU de Charleroi - Site A. Vésale, rue de Gozée 706 à 6110 Montigny-le-Tilleul
- ISPPC sc - CHU de Charleroi - Sites Hôpital Civil Marie Curie (HCMC), chaussée de Bruxelles 140 à 6042 Lodelinsart
- ISPPC sc - CHU de Charleroi - Site Vincent Van Gogh, rue de l'Hôpital 55 à 6030 Marchienne-au-Pont
- ISPPC sc - CHU de Charleroi - Polyclinique de la Madeleine, rue Borfilet 12A à 6040 Jumet
- ISPPC sc - CHU de Charleroi - Centre de Santé du Namurois, rue de France 35 à 5600 Philippeville
- ISPPC sc - CHU de Charleroi - Polyclinique de Couvin, rue de la Falaise 20 à 5660 Couvin
- AIHSHSN srl - Centre de Santé des Fagnes, boulevard Louise 18 à 6460 Chimay

2. En date du 22 juin 2023, la partie adverse publie un avis de marché au Bulletin des Adjudications (BDA) et en date du 27 juin 2023 au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE). (pièce n° 3)

Un avis rectificatif est publié en date du 11 juillet 2023 au BDA et en date du 14 juillet 2023 au JOUE. (pièce n° 4)

3. En date du 30 juin 2023, la partie adverse organise une séance d'information au cours de laquelle les soumissionnaires potentiels ont été invités à poser leurs questions. Un procès-verbal a été dressé à cette occasion. (pièce n° 5)

4. En date du 25 juillet 2023, la partie adverse procède à l'ouverture des offres. (pièce n° 6)

Les offres introduites sont les suivantes (Voir pièces A à C du dossier confidentiel)

N°	Nom	CP	Localité/Ville	Prix TVAC	Mode d'envoi
Lot 1 (TRANSPORT DU COURRIER MEDICAL (Courrier et colis))					
2 entreprises ont remis une offre :					
1	POSTALIA BELGIUM SPRL	7700	Mouscron	€ 106.310,60	Electronique
2	DDP MESSAGERIE SPRL	7333	Tertre	€ 131.073,49	Electronique
N°	Nom	CP	Localité/Ville	Prix TVAC	Mode d'envoi
Lot 2 (TRANSPORT DE PRELEVEMENTS POUR LE SERVICE LABORATOIRE, DE MEDICAMENTS POUR LE SERVICE PHARMACIE ET AUTRE MATERIEL MEDICAL POUR TOUT AUTRE SERVICE)					
2 entreprises ont remis une offre :					
1	DDP MESSAGERIE SPRL	7333	Tertre	€ 1.892.494,45	Electronique
2	SPRINTPHIL SPRL	7022	Hyon	€ 2.123.580,75	Electronique
3	BRUSSELS BUSINESS COURRIER SPRL	1180	Uccle	€ 2.140.779,19	Electronique
4	LC MOBILITE ET SERVICES	5537	Anhée	€ 4.734.645,29	Electronique

5. En date du 8 août 2023, un rapport d'examen des offres est dressé. (pièce n°7)
6. En date du 23 août 2023, le Bureau exécutif de l'ISPPC décide (pièce n°8) :
 - “ 1. De faire sien et d'approuver le rapport d'examen des offres du 1^{er} août 2023, ci-annexé, rédigé par la Cellule d'Etude des Marchés et de le considérer comme partie intégrante du la présente délibération.
 2. De ne pas sélectionner, pour le lot 2, les soumissionnaires LC MOBILITE ET SERVICES, DDP MESSAGERIE SPRL et SPRINTPHIL SPRL.
 3. De sélectionner, pour le lot 1, les soumissionnaires POSTALIA BELGIUM SPRL et DDP MESSAGERIE SPRL qui répondent aux critères de sélection qualitative.
 4. De sélectionner, pour le lot 2, le soumissionnaire BRUSSELS BUSINESS COURRIER SPRL qui répond aux critères de sélection qualitative.
 5. De considérer les offres suivantes comme complètes et régulières :
 - * Lot 1 (TRANSPORT DU COURRIER MEDICAL (Courrier et colis)) : POSTALIA BELGIUM SPRL et DDP MESSAGERIE SPRL ;
 - * Lot 2 (TRANSPORT DE PRELEVEMENTS POUR LE SERVICE LABORATOIRE, DE MEDICAMENTS POUR LE SERVICE PHARMACIE ET AUTRE MATERIEL MEDICAL POUR TOUT AUTRE SERVICE) : BRUSSELS BUSINESS COURRIER SPRL.
 6. D'approuver l'offre de POSTALIA BELGIUM SPRL pour le Lot 1 et de BRUSSELS BUSINESS COURRIER SPRL pour le Lot 2.
 7. D'attribuer ce marché aux soumissionnaires ayant remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse (sur base du meilleur rapport qualité-prix), soit :
 - * Lot 1 (TRANSPORT DU COURRIER MEDICAL (Courrier et colis)) : POSTALIA BELGIUM SPRL, Drève Gustave Fâche 1 à 7700 Mouscron pour le montant d'offre contrôlé de € 87.860,00 HTVA ou € 106.310,60 TVAC (21%) ;
 - * Lot 2 (TRANSPORT DE PRELEVEMENTS POUR LE SERVICE LABORATOIRE, DE MEDICAMENTS POUR LE SERVICE PHARMACIE ET AUTRE MATERIEL MEDICAL POUR TOUT AUTRE SERVICE): BRUSSELS BUSINESS COURRIER SPRL, Chaussée De Saint-Job 694 à 1180 Uccle pour le montant d'offre contrôlé de € 1.769.239,00 HTVA ou € 2.140.779,19 TVAC (21 %).
 8. L'exécution du marché doit répondre aux conditions fixées par le cahier des charges N° 2022-0252.

9. De transmettre la présente délibération à la tutelle. Cette délibération sera exécutoire le jour de sa transmission à l'autorité de tutelle».

7. En date du 5 septembre 2023, la partie adverse adresse un courrier à la partie requérante l'informant de sa décision du 23 mai 2023. (pièce n° 9) ».

IV. Intervention

Par une requête introduite le 5 octobre 2023, la société à responsabilité limitée Postalia Belgium demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En tant que bénéficiaire de la décision d'attribution du lot 1 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 de la demande

V.1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse conteste la recevabilité de la demande dans les termes suivants :

« La partie requérante sollicite la suspension ainsi que l'annulation tant de la décision d'attribution du lot 1 à la SPRL POSTALIA BELGIUM, que celle du lot 2 à la SPRL BRUSSELS BUSINESS COURRIER en invoquant une analyse des prix déficiente dans le cadre du premier moyen.

Or, la partie requérante n'a pas été sélectionnée pour le lot 2. Elle critique sa non-sélection dans le cadre du second moyen.

Dans l'hypothèse où le second moyen devait être déclaré non sérieux et ensuite non fondé par Votre Conseil, la partie requérante n'aurait alors pas intérêt à solliciter la suspension et l'annulation de la décision d'attribution relative au second lot. En effet, en cas d'irrégularité constatée dans le cadre de l'analyse des prix et donc d'annulation de la décision d'attribution pour ce lot 2, le pouvoir adjudicateur devrait reprendre la procédure au stade où l'irrégularité a été constatée. Il n'aurait donc plus à analyser la question de la sélection des soumissionnaires.

La partie requérante n'a donc potentiellement pas intérêt au recours en ce qu'il est dirigé à l'encontre de la décision d'attribution du second lot.

Le recours est partiellement irrecevable pour défaut d'intérêt ».

V.2. Appréciation du Conseil d'État

La partie adverse conteste la recevabilité de la demande, en tant que celle-ci porte sur la décision d'attribution du lot deux et dans l'hypothèse où serait

jugé non sérieux le second moyen qui critique la décision de non-sélection de la requérante.

Les articles 14 et 15 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 sont libellés comme suit :

- « Art. 14. 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 » ;
- « Art. 15. Dans les mêmes conditions que celles visées à l'article 14, l'instance de recours peut, en présence d'un moyen sérieux ou d'une apparente illégalité, sans que la preuve de l'urgence doive être apportée, le cas échéant sous peine d'astreinte, suspendre l'exécution des décisions visées à l'article 14 et, en ce qui concerne le Conseil d'État, aussi longtemps qu'il demeure saisi d'un recours en annulation :
- 1° ordonner les mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher qu'il soit porté atteinte aux intérêts concernés ;
 - 2° ordonner les mesures provisoires nécessaires à l'exécution de sa décision.
- Selon l'instance de recours compétente conformément à l'article 24, la demande de suspension et la demande de mesures provisoires sont introduites devant le Conseil d'État, exclusivement selon la procédure d'extrême urgence et devant le juge judiciaire, exclusivement selon la procédure de référé.
- L'instance de recours peut, d'office ou à la demande de l'une des parties, tenir compte des conséquences probables de la suspension de l'exécution et des mesures provisoires pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, et peut décider de ne pas accorder la suspension de l'exécution ou les mesures provisoires lorsque leurs conséquences négatives pourraient l'emporter sur leurs avantages.
- La décision de ne pas accorder la suspension de l'exécution ou les mesures provisoires ne porte pas préjudice aux autres prétentions de la personne sollicitant ces mesures.
- La demande de mesures provisoires peut être introduite avec la demande de suspension visée à l'alinéa 1^{er} ou, lorsque la suspension de l'exécution de la décision est ordonnée, avec la demande d'annulation visée à l'article 14 ou séparément ».

Il n'est pas contesté, et ne paraît pas contestable, que la requérante a ou a eu intérêt à obtenir le marché litigieux.

Il n'est pas davantage contesté que les illégalités alléguées au titre des deux moyens de la requête ont lésé ou ont risqué de léser la requérante.

Les conditions de recevabilité fixées par les dispositions précitées étant vérifiées, l'exception d'irrecevabilité opposée à la demande par la partie adverse ne peut être accueillie.

VI. Second moyen

VI.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante soulève un second moyen, pris de « la violation des articles 4 et 71 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ; la violation des articles 65 et 68 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques ; la violation des articles 4 et 5 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 ; la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs ; la violation des principes généraux du droit et, plus particulièrement, du principe de bonne administration et du devoir de minutie ; de l'erreur manifeste d'appréciation ; l'excès de pouvoir », « [e]n ce que l'offre de la requérante n'a pas été sélectionnée pour le lot 2 en raison du non-respect du niveau d'exigence minimal fixé pour le critère de sélection relatif à la capacité technique et professionnelle, à savoir la production de trois références atteignant un montant minimum de 1.000.000 EUR ; [a]lors que, au niveau du critère de sélection relatif à la capacité technique et professionnelle, le cahier spécial des charges a prévu que, pour le lot 2, chaque soumissionnaire doit fournir une liste de minimum trois références hospitalières multisites relatives à l'objet du marché et d'un montant minimum de 1.000.000 EUR ; [q]u'à défaut d'avoir spécifié que le montant minimum devait être atteint pour chacune des références produites, la requérante en a déduit que ce montant correspondait au montant cumulé des trois références ; [q]u'en l'espèce, la requérante a donc fourni trois références d'un montant cumulé supérieur à 1.000.000 EUR, ce que la partie adverse a toutefois considéré comme insuffisant par rapport au niveau d'exigence minimal fixé de sorte que l'offre de la requérante n'a pas été sélectionnée ; [q]u'en adoptant cette décision, la partie adverse a ainsi méconnu les principes et dispositions visés au moyen et a écarté irrégulièrement l'offre de la requérante au stade de la sélection ».

Après avoir identifié les principes et dispositions qu'elle tient pour applicables et exposé l'interprétation qu'elle estime devoir en donner, elle développe le moyen comme suit :

« 24. Au niveau de la phase de sélection, le cahier spécial des charges a prévu ce qui suit s'agissant de la capacité technique et professionnelle (pièce n° 2, p. 9) :

“ III.5.3 Capacité technique et professionnelle du soumissionnaire (critères de sélection)

Compléter l'annexe C

Pour chaque lot, une liste des principales prestations au cours des trois dernières années, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé.

Niveau minimal d'exigence

Le soumissionnaire doit fournir une liste de minimum trois références hospitalières multisites relatives à l'objet du marché. Ces références doivent atteindre montant minimum de :

- 100.000 pour le lot 1,
- 1.000.000 pour le lot 2.

Chacune de celle-ci étant prouvée par une attestation émise ou contresignée par l'autorité compétente ou lorsque le destinataire a été un acheteur privé, par une attestation de l'acheteur ou, à défaut, simplement par une déclaration du prestataire de services”.

A défaut d'autres précisions, la requérante a interprété cette disposition comme imposant que le montant minimum à atteindre corresponde au montant cumulé des trois références. Dit autrement, la requérante a considéré que, pour les trois références à fournir, le montant total cumulé devait atteindre au minimum 1.000.000 EUR. Le fait d'avoir imposé un montant minimum pour “ces références” tend en effet à considérer que le niveau d'exigence prévu concerne les trois références prises ensemble.

Cette interprétation a, en outre, été renforcée par le point III.5.2. “Capacité économique et financière du soumissionnaire” du cahier spécial des charges qui a prévu ce qui suit (pièce n° 2, p. 9) :

“ III.5.2 Capacité économique et financière du soumissionnaire (critères de sélection)

Compléter l'annexe B

Une déclaration concernant le chiffre d'affaires global de l'entreprise et le chiffre d'affaires du domaine d'activités faisant l'objet du marché, portant sur les trois derniers exercices disponibles en fonction de la date de création de l'entreprise ou du début d'activités de l'opérateur économique, dans la mesure où les informations sur ces chiffres d'affaires sont disponibles.

Niveau(x) d'exigence(s) minimal :

Le chiffre d'affaires annuel, lié spécifiquement au marché, doit atteindre au minimum :

- € 220.000 HTVA pour le lot 1 (Distribution de courrier médical)
- € 2.000.000 HTVA pour le lot 2 (Transport de colis)”

Dans la mesure où la partie adverse a exigé un chiffre d'affaires annuel de minimum 2.000.000 EUR, il serait en effet incohérent de solliciter trois références portant chacune sur un montant de 1.000.000 EUR – c'est-à-dire 3.000.000 EUR au total – alors que le chiffre d'affaires annuel du soumissionnaire peut être de 2.000.000 EUR seulement.

A l'appui de son offre, la requérante a ainsi fourni trois références d'un montant cumulé supérieur à 1.000.000 EUR, ce que la partie adverse a toutefois considéré

comme insuffisant par rapport au niveau d'exigence minimal fixé de sorte que l'offre de la requérante n'a pas été sélectionnée (pièce n° 7, pp. 7-8).

25. Avant toute chose, force est de constater que l'acte attaqué se contente d'indiquer "le niveau minimal exigé n'est pas atteint pour le lot 2" et que "le soumissionnaire n'a pas démontré satisfaire aux critères de sélection imposés par l'Adjudicateur et n'est pas sélectionné conformément à l'article 68 de l'AR du 18 avril 2017" (pièce n° 7, pp. 7-8).

L'acte attaqué ne comporte toutefois aucune motivation permettant à la requérante de comprendre pour quelle(s) raison(s) ses références n'ont pas été acceptées par la partie adverse, ce qui la prive de toute possibilité de pouvoir critiquer le sort réservé à son offre.

En ce qu'il ne permet pas de justifier la décision de ne pas sélectionner l'offre de la requérante pour le lot 2 du marché litigieux, l'acte attaqué n'est pas motivé adéquatement.

26. Bien que rien ne permette de s'assurer avec certitude du raisonnement suivi par la partie adverse, cette dernière a peut-être considéré que, pour satisfaire au niveau d'exigence minimal imposé, chacune des références produites devait atteindre le montant minimum de 1.000.000 EUR, ce qui n'était pas le cas des références fournies par la requérante.

Si tel a été le raisonnement de la partie adverse, celui-ci serait alors contraire au cahier spécial des charges qui, pour rappel, a prévu que "Ces références doivent atteindre montant minimum de : [...] 1.000.000 pour le lot 2" (pièce n° 2, p. 7).

Libellé de cette manière, le cahier spécial des charges signifie que le montant minimum à atteindre (1.000.000 EUR) correspond au montant cumulé des trois références. La disposition prévoit en effet un montant minimum pour "ces références" et non pour "chaque référence", ce qui permet de déduire que le niveau d'exigence prévu concerne les trois références prises ensemble.

En fournissant trois références d'un montant cumulé supérieur à 1.000.000 EUR, l'offre de la requérante aurait ainsi dû être sélectionnée dès lors que le niveau d'exigence minimal fixé est atteint.

Dans l'hypothèse où Votre Conseil estimerait qu'il y a un doute quant à l'interprétation à donner à la disposition concernée – *quod non* –, la requérante ne pourrait, en tout état de cause, être écartée au stade de la sélection en raison d'une disposition du cahier spécial des charges manquant de clarté.

A cet égard, Votre Conseil estime que, lorsqu'un cahier spécial des charges entretient une incertitude voire une confusion empêchant les soumissionnaires de remettre des offres comparables, ceci entraîne une violation des principes de transparence, d'égalité de traitement des soumissionnaires et des principes généraux de bonne administration.

À supposer que la partie adverse ait interprété le niveau d'exigence minimal comme imposant que chaque référence atteigne le montant minimum de 1.000.000 EUR, la partie adverse aurait alors méconnu les principes et dispositions visés au moyen en ayant écarté irrégulièrement l'offre de la requérante au stade de la sélection.

27. Au vu de ce qui précède, le second moyen est sérieux et fondé et doit, par voie de conséquence, entraîner la suspension et l'annulation de la décision querellée ».

B. Note d'observations

La partie adverse répond au moyen dans les termes suivants :

« b.1) Quant à l'intérêt au moyen :

La partie requérante soutient qu'elle pensait, à la lecture du CSC que le minima de 1.000.000 d'euros devait être rencontré pour les références produites, dans leur ensemble, pour le second lot.

Or, les références produites par la requérante pour le second lot ont les montants suivants :

- 257.081,97 euros ;
- 456.232,20 euros ;
- 243.716,43 euros.

Lorsque ces trois montants sont additionnés, on arrive à un montant de 957.030,6 euros.

La requérante n'arrive donc pas au minimum requis de 1.000.000 d'euros, même en additionnant les trois références qu'elle produit pour le second lot.

Elle n'a donc pas intérêt au présent moyen.

b.2) Quant au fond :

Le présent moyen est empreint de mauvaise foi.

Premièrement, il y a lieu de constater que la rédaction du CSC ne laissait place à aucun doute quant au montant des références à produire par les soumissionnaires.

En effet, la clause du CSC était libellée de la sorte :

“ III.5.3 Capacité technique et professionnelle du soumissionnaire (critères de sélection)

Compléter l'annexe C

Pour chaque lot, une liste des principales prestations au cours des trois dernières années, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé.

Niveau d'exigence minimal :

Le soumissionnaire doit fournir, une liste de minimum trois références hospitalières multisites relatives à l'objet du marché. Ces références doivent atteindre montant minimum de :

- 100.000 pour le lot 1,
- 1.000.000 pour le lot 2.

Chacune de celles-ci étant prouvée par une attestation émise ou contresignée par l'autorité compétente ou lorsque le destinataire a été un acheteur privé, par une attestation de l'acheteur ou, à défaut, simplement par une déclaration du prestataire de services”.

Le CSC requiert :

- Trois références ;
- Ces références doivent atteindre un montant minimum ;
- Le montant minimum est de 100.000 € pour le lot 1 ;
- Le montant minimum est de 1.000.000 € pour le lot 2.

Le CSC ne dit pas que l'addition des références doit atteindre un montant de 1.000.000 euros pour le lot 2. Le fait de se référer à "ces référence" permet aisément aux soumissionnaires de comprendre que le montant minimal devait être atteint pour chaque référence.

Deuxièmement, le soumissionnaire avait très bien compris l'exigence du CSC puisqu'il produit bien des références pour un montant minimal de 100.000 euros chacune dans le cadre du lot 1. Il est peu crédible que cette même disposition ait correctement été comprise par la requérante pour un lot et qu'elle n'ait ensuite plus été comprise correctement pour le second lot.

Troisièmement, tous les soumissionnaires ont correctement interprété la clause du CSC (de même que la requérante pour le lot 1).

Quatrièmement, si le soumissionnaire avait un doute concernant la manière donc la disposition devait être interprétée, il aurait alors interrogé le pouvoir adjudicateur en ce sens.

Il est indéniable que le présent moyen est soulevé pour les besoins de la cause et que le soumissionnaire avait pertinemment bien compris que chaque référence à produire pour le second lot devait atteindre un minimum de 1.000.000 d'euros.

Par ailleurs, il est faux de prétendre que le montant de 1.000.000 d'euros exigé pour chacune des références du lot 2 ne serait pas proportionné au montant du chiffre d'affaires requis. En effet, les marchés publics ont généralement une durée de 4 ans de sorte que les références produites doivent être appréciées au regard de cette durée.

Le moyen n'est pas sérieux ».

C. Requête en intervention

L'intervenante ne formule pas d'observations à propos du second moyen.

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

Le moyen critique l'acte attaqué notamment en ce que, pour refuser de sélectionner la requérante, la partie adverse a fait application d'un critère de sélection qui aurait été conçu en méconnaissance du principe de transparence consacré par l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

Le critère de sélection litigieux se lit comme suit :

« III.5.3 Capacité technique et professionnelle du soumissionnaire (critères de sélection)

Compléter l'annexe C

Pour chaque lot, une liste des principales prestations au cours des trois dernières années, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé.

Niveau minimal d'exigence

Le soumissionnaire doit fournir une liste de minimum trois références hospitalières multisites relatives à l'objet du marché. Ces références doivent atteindre montant minimum de :

- 100.000 pour le lot 1,
- 1.000.000 pour le lot 2.

Chacune de celle-ci étant prouvée par une attestation émise ou contresignée par l'autorité compétente ou lorsque le destinataire a été un acheteur privé, par une attestation de l'acheteur ou, à défaut, simplement par une déclaration du prestataire de services ».

Le rapport d'examen des offres, dont l'acte attaqué déclare s'approprier le contenu, est libellé comme suit pour ce qui concerne le refus de sélectionner la requérante pour le lot 2 :

« - La capacité technique et professionnelle a été vérifiée. Le niveau minimal exigé n'est pas atteint pour le lot 2. Pour rappel, pour ce lot, le soumissionnaire devait fournir une liste de minimum trois références hospitalières multisites relatives à l'objet du marché. Ces références devaient atteindre un montant minimum € 1.000.000.

Au vu de ces éléments, le soumissionnaire n'a pas démontré satisfaire aux critères de sélection imposés par l'Adjudicateur et n'est pas sélectionné conformément à l'article 68 de l'A.R. du 18 avril 2017 ».

Cette motivation doit se comprendre en ce sens que la requérante n'a pas été sélectionnée parce que les trois références dont elle entendait se prévaloir n'atteignaient pas, chacune, le montant minimum d'1.000.000 € imposé au titre du critère.

La requérante soutient avoir compris la prescription litigieuse en ce sens que le seuil d'1.000.000 € fixé par celle-ci correspondait au montant cumulé des trois références produites, et non aux montants de chacune d'entre elles considérés individuellement. À juste titre, elle fait notamment valoir que le seuil n'était pas fixé pour « chaque référence ».

La partie adverse soutient notamment, dans sa note d'observations, que la rédaction du cahier spécial des charges ne laissait place à aucun doute et que tous les soumissionnaires (dont la requérante, pour ce qui concernait le lot 1) avaient interprété le critère de sélection dans le sens retenu pour écarter la requérante. Or, l'examen des références remises par certains des soumissionnaires dans leurs offres déposées à titre confidentiel contredit cette interprétation et laisse penser que ce n'est pas celle qui a été privilégiée par la partie adverse en appliquant ce critère à certaines candidatures.

De la contradiction entre l'interprétation retenue par la partie adverse pour appliquer le critère et sélectionner certains soumissionnaires, d'une part, et celle dont elle entend se prévaloir, dans le cadre de la présente procédure, pour justifier sa décision de ne pas sélectionner la requérante, il ressort *prima facie* que la

prescription litigieuse, qui était susceptible de recevoir deux interprétations différentes, a été rédigée en des termes qui ne lui permettent pas de respecter le principe de transparence. Sous cet aspect, la critique du moyen est sérieuse.

Par ailleurs, et toujours au regard de cette contradiction, il est peu probable qu'elle aurait pu utilement éclairer la requérante si celle-ci avait posé une question à ce propos lors de la préparation de son offre. Le reproche fait à la requérante de n'avoir pas interrogé la partie adverse à ce sujet ne peut donc prospérer.

Enfin, la partie adverse conteste l'intérêt de la requérante au moyen, au motif que, quelle que soit l'interprétation qu'il faille donner du critère litigieux, le montant cumulé des références produites par la requérante serait de 957.030,6 €, ce qui est inférieur au seuil d'1.000.000 € fixé. Bien qu'une indication contenue dans le tableau produit à l'annexe C de l'offre de la requérante ait pu induire en erreur la partie adverse à ce sujet, il ressort des pièces produites pour chacune des références invoquées, et à propos desquelles la partie adverse n'a formulé aucune objection, que le cumul des montants relatifs à ces références atteint bien le seuil d'1.000.000 €. Reposant sur un postulat erroné, l'exception d'irrecevabilité du moyen ne peut être accueillie.

Il suit de l'ensemble de ces considérations que le second moyen doit être déclaré sérieux.

VII. Premier moyen

VII.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante soulève un premier moyen, pris de « la violation des articles 4 et 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ; la violation des articles 33, 35, 36 et 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques ; la violation des articles 4 et 5 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 ; la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs ; la violation du principe d'égalité de traitement, du principe de transparence et du devoir de minutie ; l'erreur manifeste d'appréciation ; l'excès de pouvoir », « [e]n ce que, à l'issue de la vérification des prix unitaires et totaux, la partie adverse a estimé qu'il n'y avait

aucun prix anormal en se contentant de considérer qu'une offre ne présentait aucun prix anormal si son prix total ne s'écartait pas de plus 50 % par rapport au prix total moyen des offres ; [a]lors que, pour apprécier la normalité des prix remis par les soumissionnaires, la partie adverse aurait dû procéder à une vérification concrète de l'ensemble des prix totaux et unitaires ainsi que des coûts ; [q]u'en appliquant une formule mathématique pour apprécier la normalité du prix total des offres, la partie adverse n'a pas procédé à une vérification concrète des prix totaux et elle n'a, en tout état de cause, pas vérifié les prix unitaires proposés ; [q]u'en outre, la méthode appliquée par la partie adverse permet de considérer des prix comme normaux même s'ils présentent des écarts considérables les uns avec les autres, ce qui ne permet aucunement de démontrer l'absence de caractère anormal des prix ; [q]u'en vérifiant les prix de cette manière, la partie adverse a ainsi méconnu les principes et dispositions visés au moyen ».

Après avoir identifié les principes et dispositions qu'elle tient pour applicables et exposé l'interprétation qu'elle estime devoir en donner, elle développe le moyen comme suit :

« 12. En ce qui concerne la fixation du prix, le cahier spécial des charges précise que le marché est à bordereau de prix et que les éléments suivants sont notamment repris dans le prix du marché (pièce n° 2, p. 7) :

- Frais d'emballage, de chargement, de transport, d'assurance et de dédouanement ;
- Frais de déchargement ;
- Frais administratifs et de secrétariat ;
- Coût de la documentation ;
- Obligations imposées à l'adjudicataire par l'adjudicateur dans les conditions techniques exposées par le cahier spécial des charges ;
- Stockage et production de pièces liées à la bonne exécution du marché ;
- Droits (douane), taxes et accises ou impositions inhérents à l'exécution du marché relatifs aux mesures imposées par la législation en matière de sécurité sociale et de santé des travailleurs lors de l'exécution de leur travail.

L'annexe H du cahier spécial des charges constitue l'inventaire du marché (pièce n° 2, pp. 77 et s.). Selon cette annexe, le lot 1 est décomposé en 9 postes alors que le lot 2 est décomposé en 43 postes.

13. Dans le cadre de l'analyse des offres déposées pour les deux lots du marché, la partie adverse a procédé à la vérification des prix et des coûts comme suit (pièce n° 7, pp. 8-9) :

Vérification des prix ou des coûts

Lot 1 (TRANSPORT DU COURRIER MEDICAL (Courrier et colis))
Toutes les offres introduites ont été soumises à une vérification des prix ou des coûts conformément à l'article 35 de l'AR du 18 avril 2017
Lot 2 (TRANSPORT DE PRELEVEMENTS POUR LE SERVICE LABORATOIRE, DE MEDICAMENTS POUR LE SERVICE PHARMACIE ET AUTRE MATERIEL MEDICAL POUR TOUT AUTRE SERVICE)
Toutes les offres introduites ont été soumises à une vérification des prix ou des coûts conformément à l'article 35 de l'AR du 18 avril 2017

Examen des prix unitaires et totaux anormaux

Lot 1 (TRANSPORT DU COURRIER MEDICAL (Courrier et colis))
CALCUL PRIX GLOBAUX ANORMAUX (HTVA) Le montant de chaque offre est comparé à la moyenne des offres reçues Calcul prix d'offre moyen sur la base de Offre la plus basse comprise Offre la plus élevée comprise Ecart maximal 50,00 % Prix anormalement ELEVÉS et BAS Soit une MOYENNE de € 98 092,60
Soit un MINIMUM de € 49 046,30 Soit un MAXIMUM de € 147 138,90 Aucun prix global anormal constaté
Lot 2 (TRANSPORT DE PRELEVEMENTS POUR LE SERVICE LABORATOIRE, DE MEDICAMENTS POUR LE SERVICE PHARMACIE ET AUTRE MATERIEL MEDICAL POUR TOUT AUTRE SERVICE)
CALCUL PRIX GLOBAUX ANORMAUX (HTVA) Le prix de chaque offre est comparé à l'estimation du marché Ecart maximal 50,00% Prix anormalement ÉLEVÉS et BAS Estimation € 1 878 882,00 Soit un MINIMUM de € 939 441,00 Soit un MAXIMUM de € 2 818 323,00 Aucun prix global anormal constaté

La partie adverse a ainsi procédé la vérification des prix :

- en appréciant la normalité des prix globaux et en s'abstenant de vérifier les prix unitaires ;
- en considérant qu'un prix global ne s'écartant pas de plus de 50 % par rapport à la moyenne des prix globaux proposés permet automatiquement – et sans

vérification effective et concrète – de considérer que le prix global, les prix unitaires et les coûts de l’offre analysée doivent être qualifiées de normaux.

14. D’emblée, il y a lieu d’observer que la partie adverse a uniquement procédé à une vérification sommaire du prix global proposé par chaque soumissionnaire mais qu’à aucun moment, elle n’a entrepris de vérifier les prix unitaires et les coûts proposés. Alors que l’acte attaqué prévoit un titre relatif à l’“examen des prix unitaires et totaux anormaux”, force est en effet de constater que la vérification effectuée par la partie adverse n’a porté que sur le “calcul prix globaux anormaux (HTVA)” (pièce n° 7, pp. 8-9) et non sur les prix unitaires et les coûts.

L’article 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et les articles 33, 35 et 36 de l’arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques imposent pourtant au pouvoir adjudicateur de procéder à une vérification de l’ensemble des prix (globaux et unitaires) et des coûts des offres.

La nécessité de procéder à la vérification des prix unitaires a été rappelée récemment par Votre Conseil, lequel a ainsi jugé qu’un prix unitaire anormal doit entraîner l’écartement d’une offre pour irrégularité substantielle en application de l’article 36, § 1^{er}, de l’arrêté royal du 18 avril 2017.

À défaut d’avoir procédé à une vérification concrète et effective des prix unitaires et des coûts, la partie adverse a donc méconnu les dispositions et principes visés au moyen.

15. En l’espèce, une vérification minutieuse des prix s’imposait d’autant plus dès lors que la détermination du prix proposé dans le cadre du présent marché est complexe.

Comme en témoigne le cahier spécial des charges, la détermination du prix proposé pour chacun des deux lots est particulièrement complexe en ce qu’elle résulte de la prise en considération de nombreux frais, coûts et hypothèses, ce dont la partie adverse est d’ailleurs bien consciente puisqu’elle a décomposé chaque lot en de nombreux postes (9 postes pour le lot 1 et 43 postes pour le lot 2) et qu’elle a, elle-même, souligné dans le point du cahier spécial des charges relatif à la vérification des prix qu’un prix devait être prévu pour chaque poste (pièce n° 2, p. 8). Ceci permet de déduire que la partie adverse entendait effectivement procéder à la vérification de chaque prix unitaire proposé.

Lorsque la détermination du prix s’avère complexe, Votre Conseil considère que la vérification à laquelle le pouvoir adjudicateur est tenu ne peut être effectuée que si celui-ci dispose d’éléments concrets permettant de comprendre la structure du prix proposé et que de tels éléments, communiqués par le soumissionnaire à l’appui de son offre ou en réponse à une invitation adressée par le pouvoir adjudicateur à l’occasion de la vérification requise, doivent nécessairement figurer au dossier administratif .

En l’espèce, il résulte de l’examen de l’acte attaqué que la partie adverse n’a aucunement analysé les différentes composantes des prix globaux proposés de sorte qu’elle ne pourrait conclure à la normalité de prix dont la détermination s’avère particulièrement complexe sans examiner les prix unitaires et les coûts proposés par chaque soumissionnaire.

16. Il convient également de relever que, dans le cas présent, il existe un écart important entre les différents prix globaux proposés et donc, a fortiori, entre les prix unitaires.

Pour le lot 1, il existe ainsi un écart de 23 % entre le prix total proposé par la requérante (131.073,49 EUR) et le prix total proposé par la SPRL POSTALIA BELGIUM (106.310,06 EUR) alors que la requérante dispose d'une structure de coût nettement moins élevée que la SPRL POSTALIA BELGIUM, que ses bureaux se situent à proximité de Charleroi (contrairement à la SPRL POSTALIA BELGIUM dont les bureaux se trouvent à Gand) et que, par le passé, la SPRL POSTALIA BELGIUM a toujours proposé des prix largement supérieurs à ceux de la requérante.

En 2023, la requérante a ainsi participé à trois marchés publics pour des services similaires dans le secteur hospitalier :

- Marché public du CHU TIVOLI ;
- Marché public de MERCURHOSP ;
- Marché public de l'ISPPC (marché litigieux).

S'agissant de la requérante, les prix proposés sont relativement similaires d'un marché à l'autre dès lors que les prestations à réaliser sont identiques. Concernant la SPRL POSTALIA BELGIUM, des écarts importants sont cependant observés :

- Pour le marché public du CHU TIVOLI, le prix de la SPRL POSTALIA BELGIUM était de 983.191,42 EUR TVAC contre un prix de 629.026,44 EUR TVAC pour la requérante, soit un prix 56 % supérieur pour la SPRL POSTALIA BELGIUM (pièce n° 9) ;
- Pour le marché public de MERCURHOSP, l'offre de la SPRL POSTALIA BELGIUM a été déclarée irrégulière de sorte que la requérante n'a pas connaissance des prix de la SPRL POSTALIA BELGIUM ;
- Pour le marché litigieux, le prix de la SPRL POSTALIA BELGIUM pour le lot 1 est de 106.310,60 EUR TVAC contre un prix de 131.073,49 EUR TVAC pour la requérante, soit un prix de 23 % inférieur pour la SPRL POSTALIA BELGIUM (pièce n° 7, p. 10).

Entre le marché public lancé par le CHU TIVOLI au début de l'année 2023 et le marché public litigieux, la SPRL POSTALIA BELGIUM a donc réduit son prix de près de 80 % pour des prestations tout à fait identiques, ce qui pose de sérieuses questions quant à la normalité du prix proposé dans le cadre du marché litigieux.

A toutes fins utiles, il convient également de souligner que la partie adverse a estimé le montant du lot 1 à 136.506,15 EUR TVAC (pièce n° 7, p. 2), ce qui correspond à peu de choses près au prix proposé par la requérante mais constitue toutefois un écart de 28 % par rapport au prix remis par la SPRL POSTALIA BELGIUM. A nouveau, un tel écart aurait dû entraîner une vérification minutieuse des prix de la part de la partie adverse, ce que celle-ci s'est toutefois abstenu de faire.

Pour le lot 2, l'écart entre le prix total de la requérante (1.892.494,45 EUR) et celui de la SPRL BRUSSELS BUSINESS COURRIER (2.140.779,19 EUR) s'élève à 13 % et représente près de 250.000 EUR d'écart. L'écart avec les autres soumissionnaires ne peut, quant à lui, être déterminé à ce stade dès lors que seule l'offre de l'adjudicataire a été déclarée régulière.

Si un écart important entre les prix proposés ne démontre pas, à lui seul, l'existence de prix anormaux, Votre Conseil estime néanmoins que, dans certaines circonstances, un tel écart suppose toutefois un examen approfondi de la part du pouvoir adjudicateur. Tel est, par exemple, le cas lorsque la détermination des prix est complexe et dépend de plusieurs facteurs ou lorsqu'il existe un écart de prix important par rapport à un marché précédent.

En l'espèce, il a déjà été démontré que la détermination des prix liés au marché litigieux est complexe et, du reste, le prix proposé par la SPRL POSTALIA BELGIUM pour le lot 1 est nettement plus bas que ce qu'elle a pu proposer par le passé, ce qui aurait dû impliquer un examen approfondi de ses prix par la partie adverse.

A défaut d'avoir procédé à une vérification concrète et effective des prix et des coûts, la partie adverse a donc méconnu les dispositions et principes visés au moyen.

17. Si la réglementation des marchés publics n'impose certes aucune méthode et aucun critère spécifique pour déterminer le caractère normal d'un prix, la méthode retenue par le pouvoir adjudicateur ne peut cependant lui permettre de considérer arbitrairement que pratiquement tous les prix proposés sont normaux malgré des écarts particulièrement importants.

Dans le cas présent, la partie adverse a estimé que tout prix global ne présentant pas un écart supérieur à 50 % par rapport à la moyenne des prix globaux proposés devait être qualifié de normal.

Concrètement, cela signifie que :

- Pour le lot 1, un prix global compris entre 49.046,30 EUR et 147.138,90 EUR a été automatiquement qualifié de normal par la partie adverse ;
- Pour le lot 2, un prix global compris entre 939.441,00 EUR et 2.818.323,00 EUR a été automatiquement qualifié de normal par la partie adverse.

Ceci signifie que, pour chaque lot, la partie adverse a estimé qu'un prix global pouvait représenter près du tiers du prix maximum autorisé et être automatiquement qualifié de normal sans qu'aucune vérification concrète et effective des prix globaux et unitaires ne soit réalisée.

Sauf à dénaturer totalement l'obligation de vérification des prix et la pertinence du contrôle effectué par le pouvoir adjudicateur, une telle méthode ne peut être validée dans la mesure où, en réalité, elle permet de conclure à la normalité des prix même s'ils présentent des écarts considérables les uns avec les autres et s'ils s'écartent largement du montant estimé du marché.

Bien que cette disposition ne s'applique pas en l'espèce, il y a lieu d'observer que l'article 36, § 4, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 prévoit une méthode de vérification des prix qui permet de déterminer le caractère normal d'un prix global. Cette méthode prévoit ainsi que le mécanisme de vérification des prix prévu par l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 s'applique pour toute offre dont le prix global s'écarte d'au moins 15 % par rapport à la moyenne des montants des offres déposées.

Le Roi estime ainsi qu'un prix global présentant un écart supérieur à 15 % par rapport à la moyenne des prix globaux entraîne une suspicion d'anormalité et contraint dès lors le pouvoir adjudicateur à inviter le soumissionnaire concerné à justifier son prix global et, le cas échéant, ses prix unitaires.

En fixant l'écart à 50 %, la partie adverse a prévu une méthode qui ne permet manifestement pas d'identifier les prix anormaux et, partant, de les vérifier de manière concrète et effective.

En faisant application d'une telle méthode pour apprécier la normalité des prix proposés, la partie adverse a donc méconnu les dispositions et principes visés au moyen.

18. Dans la mesure où la partie adverse a fait usage d'une méthode inadéquate pour apprécier la normalité des prix proposés par les soumissionnaires, l'acte attaqué ne contient aucun élément permettant de comprendre, de vérifier et de critiquer la normalité des prix proposés par les soumissionnaires.

Comme cela a déjà été souligné, la partie adverse s'est contenté d'une vérification des prix particulièrement sommaire en appliquant une méthode inadéquate aux seuls prix globaux pour considérer toutes les offres comme régulières sans faire reposer son analyse sur des éléments concrets et détaillés.

En ce qu'il ne permet pas de justifier la décision de considérer les offres comme régulières en raison de prix normaux, l'acte attaqué n'est pas motivé adéquatement.

19. Au vu de ce qui précède, le premier moyen est sérieux et fondé et doit, par voie de conséquence, entraîner la suspension et l'annulation de la décision querellée ».

B. Note d'observations

La partie adverse répond au moyen dans les termes suivants :

« b.1) Quant à l'intérêt au moyen :

Dans l'hypothèse où le second moyen devait être déclaré non sérieux et non fondé par Votre Conseil, la partie requérante n'aurait alors pas intérêt au présent moyen en ce qu'il est dirigé à l'encontre de l'attribution du second lot. (voir supra)

b.2) Quant au fond :

b.2.1) Dispositions applicables :

1. La loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics énonce en ses articles 83 et 84 que :

“ Art. 83. Le pouvoir adjudicateur vérifie la régularité des offres. Le Roi peut fixer les modalités additionnelles à cette fin.

Vérification des prix ou des coûts

Art. 84. Le pouvoir adjudicateur procède à la vérification des prix ou des coûts des offres introduites, conformément aux modalités fixées par le Roi. Le Roi peut prévoir des exceptions à la vérification des prix ou des coûts pour les marchés fixés par Lui.

A sa demande, les soumissionnaires fournissent au cours de la procédure de passation, toutes les indications permettant cette vérification”.

2. L'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques prévoit en ses articles 33, 35 et 36 que :

“ Art. 33. Après avoir procédé à la rectification des offres conformément à l'article 34, le pouvoir adjudicateur procède à une vérification des prix ou des coûts de l'offre conformément à l'article 35 et, en cas de suspicion de prix ou de coûts anormalement bas ou élevés, il procède à un examen des prix et des coûts tel que visé à l'article 36.

[...]

Art. 35. Le pouvoir adjudicateur soumet les offres introduites à une vérification des prix ou des coûts. Pour ce faire, il peut, conformément à l'article 84, alinéa 2, de la loi, inviter le soumissionnaire à fournir toutes les informations nécessaires.

Art. 36. § 1^{er}. Lorsque les prix ou les coûts semblent anormalement bas ou élevés lors de la vérification des prix ou des coûts effectuée conformément à l'article 35, le pouvoir adjudicateur procède à un examen de ces derniers. [...].

§ 2. Lors de l'examen des prix ou des coûts, le pouvoir adjudicateur invite le soumissionnaire à fournir les justifications écrites nécessaires relatives à la composition du prix ou du coût considéré comme anormal dans un délai de douze jours, à moins que l'invitation ne détermine un délai plus long. [...]

La charge de la preuve de l'envoi des justifications incombe au soumissionnaire.

Les justifications concernent notamment :

1° l'économie du procédé de construction, du procédé de fabrication des produits ou de la prestation des services;

2° les solutions techniques choisies ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou les services;

3° l'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés par le soumissionnaire;

4° l'obtention éventuelle par le soumissionnaire d'une aide publique octroyée légalement.

Lors de l'examen des prix ou des coûts visé à l'alinéa 1er, le pouvoir adjudicateur invite le soumissionnaire à fournir des justifications écrites concernant le respect des obligations visées à l'article 7, alinéa 1er, de la loi, applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail en ce compris les obligations applicables en matière de bien-être, de salaires et de sécurité sociale.

Le pouvoir adjudicateur n'est toutefois pas tenu de demander des justifications des prix de postes négligeables.

Si nécessaire, le pouvoir adjudicateur interroge à nouveau le soumissionnaire par écrit. Dans ce cas, le délai de douze jours peut être réduit.

§ 3. Le pouvoir adjudicateur apprécie les justifications reçues et :

1° soit constate que le montant d'un ou de plusieurs poste(s) non négligeable(s) présente(nt) un caractère anormal et écarte l'offre en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est entachée;

2° soit constate que le montant total de l'offre présente un caractère anormal et écarte l'offre en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est entachée;

3° soit motive dans la décision d'attribution que le montant total de l'offre ne présente pas de caractère anormal.

Le pouvoir adjudicateur écarte également l'offre s'il établit que son montant total est anormalement bas parce qu'elle contrevient aux obligations en matière de droit environnemental, social ou du travail, visées à l'article 7, alinéa 1^{er}, de la loi et ce, en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est entachée. Lorsque l'offre contrevient aux obligations applicables dans le domaine du droit social fédéral ou du droit du travail fédéral, le pouvoir adjudicateur le communique conformément au paragraphe 5, alinéa 2.

Dans le cadre de l'évaluation, le pouvoir adjudicateur peut également tenir compte d'informations qui ne proviennent pas du soumissionnaire. Ces données sont soumises au soumissionnaire afin de lui permettre d'y réagir.

[...]"

3. Le cahier spécial des charges (ci-après "CSC") prévoit notamment que :

“ III.4 Fixation des prix

Le présent marché consiste en un marché à bordereau de prix.

Le marché à bordereau de prix est celui dans lequel les prix unitaires des différents postes sont forfaitaires et les quantités, pour autant que des quantités

soient déterminées pour les postes, sont présumées ou exprimées dans une fourchette. Les postes sont portés en compte sur la base des quantités effectivement commandées et mises en œuvre.

Disposition additionnelle - Eléments repris dans le prix du marché

Le soumissionnaire est censé avoir compris dans les prix, tant unitaires que globaux, tous les frais généraux et financiers divers, ainsi que le bénéfice, répartis sur les différents postes proportionnellement à l'importance de ceux-ci.

Ainsi, sont inclus, notamment :

- 1- Les frais d'emballage, de chargement, de transport, d'assurance et de dédouanement ;
- 2- Les frais de déchargement ;
- 3- Les frais administratifs et de secrétariat ;
- 4- Le coût de la documentation ;
- 5- Les obligations imposées à l'adjudicataire par l'Adjudicateur dans les 'conditions techniques' du présent cahier des charges ;
- 6- Le stockage, et la production de pièces liés à la bonne exécution du marché de service ;
- 7- Tous droits (douane), taxes et accises ou impositions quelconques à l'exception de la TVA ;
- 8- Les frais, mesures et charges quelconques inhérents à l'exécution du marché relatifs aux mesures imposées par la législation en matière de sécurité sociale et de santé des travailleurs lors de l'exécution de leur travail.

Disposition additionnelle - Détermination et vérification des prix

§1. Le prix est renseigné hors TVA et doit être établi pour chaque poste faisant l'objet du marché.

Le taux de TVA, toutes taxes particulières ou primes applicables à chacun des articles doivent être indiqués séparément.

§2. Les prix unitaires sont limités à la 4ème décimale.

§3. A la demande de l'Adjudicateur, le soumissionnaire fournit toutes indications destinées à permettre à celui-ci de vérifier les prix offerts.

A cette fin, l'Adjudicateur peut confier aux personnes qu'il désigne la mission d'effectuer toutes vérifications sur pièces comptables et tous contrôles sur place de l'exactitude des indications fournies dans le cadre de la vérification des prix".

b.2.2) Absence de fondement du moyen :

1. La loi de 2016 sur les marchés publics impose au pouvoir adjudicateur, par ses articles 82 et 83, de procéder à une vérification des prix proposés par les soumissionnaires.

Le *modus operandi* de cette vérification est détaillé aux articles 33 et suivants de l'arrêté royal de 2017 précité.

L'article 33 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 distingue la vérification des prix, obligatoire dans toute procédure de passation de marché et l'examen des prix, qui ne doit être opéré que lorsque l'adjudicateur suspecte certains prix d'anormalité.

L'article 35 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 énonce l'obligation de vérification des prix et permet notamment au pouvoir adjudicateur d'inviter les soumissionnaires à fournir toutes les informations qu'il estime nécessaires à la vérification des prix et de leur caractère normal.

Si – et seulement si – à l'issue de la vérification visée à l'article 35 précité (éclairée, le cas échéant, par le complément d'informations reçu des

soumissionnaires), le pouvoir adjudicateur estime être confronté à au moins un prix (global ou unitaire) apparemment anormal, il est alors tenu d'entamer l'examen des prix, régi par l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

2. La partie adverse a correctement appliqué les dispositions précitées en l'espèce.

Il ressort en effet du rapport d'examen des offres qu'elle a procédé à une vérification des prix remis par les soumissionnaires et qu'elle n'a pas constaté de prix anormal.

La motivation du rapport sur ce point est la suivante :

Vérification des prix ou des coûts :

Lot 1 (TRANSPORT DU COURRIER MEDICAL (Courrier et colis))
Toutes les offres introduites ont été soumises à une vérification des prix ou des coûts conformément à l'article 35 de l'AR du 18 avril 2017.
Lot 2 (TRANSPORT DE PRELEVEMENTS POUR LE SERVICE LABORATOIRE, DE MEDICAMENTS POUR LE SERVICE PHARMACIE ET AUTRE MATERIEL MEDICAL POUR TOUT AUTRE SERVICE)
Toutes les offres introduites ont été soumises à une vérification des prix ou des coûts conformément à l'article 35 de l'AR du 18 avril 2017.

Examen des prix unitaires et totaux anormaux :

Lot 1 (TRANSPORT DU COURRIER MEDICAL (Courrier et colis))
CALCUL PRIX GLOBAUX ANORMAUX (HTVA) Le montant de chaque offre est comparé à la moyenne des offres reçues. Calcul prix d'offre moyen sur la base de : Offre la plus basse comprise Offre la plus élevée comprise Ecart maximal : 50,00 % Prix anormalement ÉLEVÉS et BAS Soit une MOYENNE de : € 98.092,60 Soit un MINIMUM de : € 49.046,30 Soit un MAXIMUM de : € 147.138,90 Aucun prix global anormal constaté.
Lot 2 (TRANSPORT DE PRELEVEMENTS POUR LE SERVICE LABORATOIRE, DE MEDICAMENTS POUR LE SERVICE PHARMACIE ET AUTRE MATERIEL MEDICAL POUR TOUT AUTRE SERVICE)
CALCUL PRIX GLOBAUX ANORMAUX (HTVA) Le prix de chaque offre est comparé à l'estimation du marché. Ecart maximal : 50,00% Prix anormalement ÉLEVÉS et BAS Estimation : € 1.878.882,00 Soit un MINIMUM de : € 939.441,00
Soit un MAXIMUM de : € 2.818.323,00 Aucun prix global anormal constaté.

La partie adverse a donc bien procédé à une vérification des prix remis par les soumissionnaires et la décision d'attribution est correctement motivée sur ce point.

3. La partie requérante soutient que la méthode de vérification des prix utilisée par la partie adverse serait irrégulière.

Il est important de relever que la réglementation marchés publics n'impose aucune méthode au pouvoir adjudicateur pour procéder à la vérification des prix. Cette vérification relève du pouvoir d'appréciation de celui-ci.

Votre Conseil a encore rappelé récemment que :

“ Le pouvoir adjudicateur a l'obligation de procéder d'office à la vérification des prix, pareille vérification devant lui permettre de s'assurer de ce que le prix proposé peut garantir une exécution du marché conforme aux exigences édictées par les documents dudit marché et aux prestations proposées par les soumissionnaires. Il ne peut en aucun cas s'abstenir de procéder à cette vérification. S'il peut être admis qu'un pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'indiquer dans la motivation de sa décision pourquoi un prix proposé ne présente aucun caractère anormal, il n'en reste pas moins qu'il doit ressortir de la décision ou, à tout le moins, du dossier administratif qu'il a bien procédé concrètement à la vérification des prix. Lorsqu'il est invité à contrôler l'appréciation portée par un pouvoir adjudicateur sur la justification de prix, le Conseil d'État ne peut substituer sa propre appréciation à celle de ce pouvoir adjudicateur. Il lui revient toutefois de vérifier la réalité, l'exactitude et la pertinence des éléments qui ont justifié la décision de l'autorité, et de censurer dans le chef de cette dernière une appréciation manifestement erronée. Lorsqu'il résulte clairement du rapport d'analyse des offres que le pouvoir adjudicateur s'est bien livré à une vérification effective des prix, il n'appartient pas au Conseil d'État de substituer son appréciation à celle du pouvoir adjudicateur, son contrôle étant, à cet égard, limité aux erreurs de fait et aux erreurs manifestes d'appréciation”.

Et que :

“ Il doit, par ailleurs, être rappelé que, dans la conduite des opérations requises en vertu des dispositions précitées, le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour procéder à un contrôle des prix, estimer le caractère apparemment anormal d'un prix, déterminer ceux à propos desquels il estime opportun de solliciter des justifications et examiner la validité des justifications apportées par le soumissionnaire concerné. Il n'appartient pas au Conseil d'État de substituer sa propre appréciation à celle de l'autorité, sauf à sanctionner une erreur manifeste d'appréciation”.

Et que :

“ Le pouvoir adjudicateur a l'obligation de procéder d'office à la vérification des prix, pareille vérification devant lui permettre de s'assurer de ce que le prix proposé peut garantir une exécution du marché conforme aux exigences édictées par les documents du marché et aux prestations proposées par les soumissionnaires. Il dispose d'un large pouvoir d'appréciation quant à l'estimation du caractère apparemment anormal d'un prix et ce n'est que lorsqu'un prix lui paraît anormal à l'issue de la vérification, qu'il peut être tenu d'inviter, conformément à l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, le soumissionnaire en cause à fournir par écrit les justifications nécessaires”.

4. La partie requérante se réfère à la méthode de vérification des prix décrite à l'article 36§4 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité. Or, cette disposition trouve uniquement à s'appliquer dans le cadre d'un marché de travaux ou d'un marché de services dans un secteur sensible à la fraude passé par procédure ouverte ou restreinte et dont l'offre économiquement la plus avantageuse est uniquement évaluée sur la base du prix.

Le marché de services dans un secteur sensible à la fraude est défini à l'article 2, 13° de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité comme "un marché de services passé dans le cadre des activités visées à l'article 35/1 de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs qui relèvent du champ d'application de la responsabilité solidaire pour les dettes salariales".

Le présent marché n'est pas passé dans un secteur sensible à la fraude et l'offre économiquement la plus avantageuse n'est pas évaluée sur la seule base du prix. La partie adverse n'était donc pas tenue d'appliquer la méthode décrite dans cette disposition.

En toute hypothèse, en application de cette disposition réservée aux secteurs sensibles à la fraude, lorsque l'offre économiquement la plus avantageuse est évaluée sur la base du meilleur rapport qualité-prix et lorsque le poids du critère relatif au prix représente au moins cinquante pour cent du poids total des critères d'attribution, le pouvoir adjudicateur peut prévoir dans les documents du marché un pourcentage plus élevé que quinze pour cent.

5. En l'espèce, la partie adverse a réalisé une moyenne des prix remis sur base de l'offre la plus basse et de l'offre la plus haute et a considéré que les prix ne s'écartant pas de plus de 50% de cette moyenne ne revêtaient pas un caractère anormal.

Elle a estimé que, eu égard à la nature du marché et aux prix remis, cette marge de 50% permettait d'identifier d'éventuels prix anormaux.

Il ressort de la jurisprudence du Conseil d'Etat que la simple disparité des prix, ou un écart relativement important entre les prix des offres ne suffit pas à conclure à des prix apparemment anormaux.

Votre Conseil a ainsi considéré que :

“ L'existence d'une telle différence n'établit, toutefois, pas à elle seule que la partie adverse aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant tous ces prix comme n'apparaissant pas anormaux. Au surplus, l'objet d'une vérification des prix n'est pas d'expliquer les raisons d'un écart qui existerait entre différents soumissionnaires, mais bien de s'assurer de ce que le prix proposé dans chaque offre peut garantir une exécution du marché conforme aux exigences édictées par les documents du marché et aux prestations proposées par les soumissionnaires en excluant toute spéculation au détriment des intérêts fondamentaux du pouvoir adjudicateur et des deniers publics”.

Les prix remis pour le lot 1 (seul lot pour lequel la partie requérante a un intérêt à l'action) sont les suivants :

- 106.310, 60 euros pour le soumissionnaire retenu ;
- 131.073,49 pour la requérante.

Seuls deux soumissionnaires ont remis offre pour ce lot.

La moyenne de ces deux prix est de 118.692,045 euros. L'offre remise par le soumissionnaire retenu s'éloigne donc de moins de 15% de la moyenne des prix.

Par ailleurs, il convient de constater que les prix remis par le soumissionnaire retenu pour chaque poste revêtent un caractère normal. Seul le poste 9 aurait pu faire l'objet d'un examen plus poussé, mais un tel examen n'était pas nécessaire en ce que ce poste est de minime importance. Ce poste traite en effet des accusés de réception pour un prix unitaire moyen de 3,31 euros.

Le moyen n'est pas sérieux ».

C. Requête en intervention

L'intervenante formule les observations suivantes :

- « 3. La partie intervenante se rallie à la défense reprise dans la note d'observation de la partie adverse.

Dans la mesure où la partie requérante estime nécessaire de faire des comparaisons de prix entre plusieurs marchés attribués dans le passé (se référer à n°16), il est à remarquer que chaque marché est différent et dispose de ses caractéristiques propres. De ce fait, les prix totaux de différents marchés ne sont pas comparables et ne constituent pas une base objective pour démontrer le caractère anormal d'un prix total et de prix unitaires.

De même est-il tout à fait sans fondement de prétendre que la partie intervenante aurait – depuis le début de l'année 2023 – réduit son prix de près de 80 % pour des prestations prétendues “tout à fait identiques”. Il s'agit d'une comparaison entre deux marchés (Tivoli et le présent marché) avec des pouvoirs adjudicateurs différents, des cahiers de charges différents, des exigences différentes et des quantités différentes.

Le prix pour chaque marché est déterminé par plusieurs facteurs, dont, entre autres, le nombre de routes à desservir, les quantités présumées, les exigences du cahier des charges, la marge sur les revenus, le fait à savoir s'il y a déjà un réseau existant, les frais généraux.

Dans la mesure où pour le lot 1 du présent marché les quantités du poste 1 représentent 80 % du total des quantités, et que le prix total diverge moins que 15 % du prix total moyen, il est clair que les prix unitaires ne peuvent mathématiquement pas diverger plus que 15 % du prix unitaire moyen.

Le moyen n'est donc pas sérieux ».

VII.2. *Appréciation du Conseil d'État*

Aux termes de l'article 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics :

- « Le pouvoir adjudicateur procède à la vérification des prix ou des coûts des offres introduites, conformément aux modalités fixées par le Roi. Le Roi peut prévoir des exceptions à la vérification des prix ou des coûts pour les marchés fixés par Lui. À sa demande, les soumissionnaires fournissent au cours de la procédure de passation, toutes les indications permettant cette vérification. ».

L'article 33 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques se lit comme suit :

- « Après avoir procédé à la rectification des offres conformément à l'article 34, le pouvoir adjudicateur procède à une vérification des prix ou des coûts de l'offre conformément à l'article 35 et, en cas de suspicion de prix ou de coûts anormalement bas ou élevés, il procède à un examen des prix et des coûts tel que visé à l'article 36 ».

L'article 36 de ce même arrêté royal énonce notamment ce qui suit :

- « § 1^{er}. Lorsque les prix ou les coûts semblent anormalement bas ou élevés lors de la vérification des prix ou des coûts effectuée conformément à l'article 35, le pouvoir adjudicateur procède à un examen de ces derniers. Lorsqu'il est fait usage de la procédure concurrentielle avec négociation, la procédure négociée directe avec publication préalable et la procédure négociée sans publication préalable, l'examen se fait sur la base des dernières offres introduites, ce qui n'empêche nullement que le pouvoir adjudicateur puisse déjà procéder à cet examen à un stade antérieur de la procédure.
- § 2. Lors de l'examen des prix ou des coûts, le pouvoir adjudicateur invite le soumissionnaire à fournir les justifications écrites nécessaires relatives à la composition du prix ou du coût considéré comme anormal dans un délai de douze jours, à moins que l'invitation ne détermine un délai plus long. Lorsqu'il est fait usage de la procédure négociée sans publication préalable, le pouvoir adjudicateur peut prévoir un délai plus court dans les documents du marché, moyennant une disposition expressément motivée.
- [...] ».

Conformément à ces dispositions, le pouvoir adjudicateur a l'obligation de procéder d'office à la vérification des prix, pareille vérification devant lui permettre de s'assurer de ce que le prix proposé peut garantir une exécution du marché conforme aux exigences édictées par les documents dudit marché et aux prestations proposées par les soumissionnaires. Il ne peut en aucun cas s'abstenir de procéder à cette vérification. S'il peut être admis qu'un pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'indiquer dans la motivation de sa décision pourquoi un prix proposé ne présente aucun caractère anormal, il n'en reste pas moins qu'il doit ressortir de la décision ou, à tout le moins, du dossier administratif qu'il a bien procédé concrètement à la vérification des prix. Lorsqu'il est invité à contrôler l'appréciation portée par un pouvoir adjudicateur sur la justification de prix, le Conseil d'État ne

peut substituer sa propre appréciation à celle de ce pouvoir adjudicateur. Il lui revient toutefois de vérifier la réalité, l'exactitude et la pertinence des éléments qui ont justifié la décision de l'autorité (ce qui implique de s'assurer de l'effectivité d'une vérification concrète des prix), et de censurer dans le chef de cette autorité une appréciation manifestement erronée.

En l'espèce, il doit – dans le cadre d'un examen effectué en extrême urgence – être retenu que la vérification des prix à laquelle aurait procédé la partie adverse est celle dont rendent compte les extraits du rapport d'examen des offres reproduits dans la note d'observations.

À supposer que la méthode mise en œuvre par la partie adverse – et dont rendent ainsi compte ces extraits du rapport d'examen des offres reproduits dans la note d'observations – réponde à l'exigence de vérification concrète des prix pour ce qui concerne les prix globaux, encore faut-il relever que ni l'acte attaqué ni les pièces du dossier administratif ne permettent d'attester qu'aurait bien été effectuée une vérification concrète des prix unitaires. La partie adverse ne dit mot à ce sujet et l'affirmation de la note d'observations aux termes de laquelle « les prix remis par le soumissionnaire retenu pour chaque poste revêtent un caractère normal » ne permet, en toute hypothèse, pas de vérifier que l'exigence de vérification des prix unitaires aurait été respectée dans le courant de la procédure de passation du marché litigieux.

Par ailleurs – et non sans une contradiction, à tout le moins apparente –, la partie adverse rappelle dans sa note d'observations la distinction entre la vérification (obligatoire et systématique) des prix et leur examen (uniquement en cas de suspicion d'anormalité), alors que – selon les extraits du rapport d'examen des offres qu'elle reproduit, extraits respectivement intitulés « Vérification des prix ou des coûts » et « Examen des prix unitaires et totaux anormaux » –, elle laisse entendre qu'elle aurait successivement procédé à une vérification et à un examen des prix, sans toutefois que celui-ci ait été précédé d'un constat d'anormalité apparente et assorti de l'invitation des soumissionnaires concernés à justifier des prix apparemment anormaux. La confusion ainsi entretenue par la partie adverse elle-même renforce nécessairement le doute quant à l'effectivité d'une vérification concrète des prix à laquelle elle aurait procédé.

Sur la base de ces constatations, le moyen doit être déclaré sérieux.

VIII. 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'emporteraient sur ses avantages.

XI. Confidentialité

La requérante demande que soit maintenue la confidentialité de son offre, qu'elle dépose. Celle-ci est identifiée comme pièce A de son dossier.

La partie adverse demande que soit maintenue la confidentialité des pièces A, B et C du dossier administratif.

Ces demandes n'étant pas contestées, il y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société à responsabilité limitée Postalia Belgium est accueillie dans la présente procédure.

Article 2.

La suspension de l'exécution de la décision de de l'ISPPC du 23 août 2023 d'attribuer le marché public de services ayant pour objet la distribution du courrier médical et le transport de colis (2024-2026) à la SRL Postalia Belgium (lot 1) et à la SRL Brussels Business Courier (lot 2) est ordonnée.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Les pièces A du dossier de la requérante, ainsi que A, B et C du dossier administratif, sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 5.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles le 27 octobre 2023, par la VI^e chambre du Conseil d'État siégeant en référé composée de :

David De Roy,
Vincent Durieux,

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

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

David De Roy