

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

n° 259.561 du 19 avril 2024

A. 241.516/VI-22.783

En cause : **la société anonyme POSTALIA BELGIUM,**
ayant élu domicile chez
M^e George DOBBELAERE, avocat,
bommelsrede 26
9070 Heusden,

contre :

**la Compagnie Intercommunale
Liégeoise des Eaux (CILE),**
ayant élu domicile chez
M^e Marie VASTMANS, avocate,
chaussée de La Hulpe 187
1170 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 25 mars 2024, la partie requérante demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision, prise à une date inconnue, de la Compagnie Intercommunale Liégeoise des Eaux approuvant le cahier des charges pour le marché public de services postaux, avec référence S24-2136 ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 27 mars 2024, l'affaire a été fixée à l'audience du 16 avril 2024 à 14 heures. Par des courriels du 29 mars 2023, l'affaire a été remise à l'audience du 16 avril 2024 à 10 heures, avant d'être remise à l'audience du 16 avril 2024 à 9 heures 30 par des courriels du 15 avril 2023.

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

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

M. Xavier Close, conseiller d'État, président f.f., a exposé son rapport.

M^e Rika Heijse, avocate, comparaisant pour la partie requérante, et M^e Marie Vastmans, avocate, comparaisant pour la partie adverse, ont été entendues en leurs observations.

M^{me} Muriel Vanderhelst, premier 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. Faits utiles à l'examen de la demande

1. Le 13 février 2024, le conseil d'administration de la Compagnie Intercommunale liégeoise des eaux, ci-après la CILE, approuve le cahier spécial des charges relatif au « marché public de services postaux - S24-2136 ».

Il s'agit de l'acte attaqué.

2. L'objet de ce marché, qui doit en principe être d'une durée de huit ans, est défini comme suit par l'article II.1.2. du cahier des charges :

« Le présent marché a pour objet la prestation de services postaux. Ces services relèvent du code CPV n° 64100000-7 (services postaux et services de courrier). Ces services relèvent de la catégorie des "services sociaux et autres services spécifiques", visés aux articles 158 et suivants de la loi du 17 juin 2016 ».

L'article IV.1.1. du cahier des charges précise encore ce qui suit à ce sujet :

« Le présent marché vise principalement les envois postaux et plus particulièrement les envois de correspondances (en ce compris l'envoi de factures) de moins de 2 kilos relevant du service postal universel et soumis à l'obtention d'une licence individuelle ou prestés par l'opérateur désigné par la loi. Les envois ordinaires, recommandés et non-recommandés, et massifs sont visés par le présent marché, ainsi que les envois de colis relevant du service universel. Ces colis sont transmis à l'adresse de notre choix. Les autres types d'envois ainsi que les services d'enlèvement ou autres services ne sont pas exclus du présent marché. Cette liste n'est pas exhaustive et l'inventaire (Annexe B) donne un meilleur aperçu des prestations ».

Le mode de passation retenu est la procédure négociée directe avec mise en concurrence préalable, telle que prévue par l'article 159, § 1^{er}, 1^o, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

3. Un avis de marché est publié au Bulletin des Adjudications et au Journal officiel de l'Union européenne le 21 février 2024, précisant notamment que la date limite de réception des offres est fixée le 18 mars 2024.

4. Le cahier des charges indique ce qui suit concernant les « contacts et questions durant la phase de préparation des offres » :

« Toute demande d'information devra impérativement être communiquée par écrit, via le forum de questions-réponses ouvert sur le site publicprocurement.be. Afin de permettre au pouvoir adjudicateur d'y répondre dans les délais prévus par la réglementation, les soumissionnaires sont invités à adresser leurs demandes d'informations au plus tard dix jours de calendrier avant la date limite de dépôt des offres ».

Dans ce cadre, la requérante a notamment posé les trois questions suivantes sur le forum le 8 mars 2024 :

Page 13-14 – II.6 Sous-traitance et page 37 III.16

Le CdC prévoit qu'en cas de sous-traitance des prestations relevant du service universel par un sous-traitant détenant une licence octroyée par l'IBPT, le soumissionnaire lui-même n'est pas dispensé de l'obligation de détenir lui-même une licence octroyée par l'IBPT.

Nous vous invitons à supprimer cette dernière obligation dans le chef du soumissionnaire puisque cette obligation nous semble être en violation du droit de principe d'avoir recours aux capacités d'autres entités en vertu de l'article 78 de la loi sur les marchés publics du 17.06.2016.

A la page 37 le CdC prévoit que « la sous-traitance est limitée à l'exécution de l'acheminement des envois à l'étranger, pour autant que celle-ci soit renseignée dans le formulaire d'offre repris en annexe du CdC ou en cas d'accord écrit du pouvoir adjudicateur. »

Il nous semble que cette disposition est en violation du droit de principe de la liberté d'entreprendre tel que garanti par le droit de l'Union Européenne, la Convention des droits de l'homme, le traité international des droits civils et politiques ainsi que l'article II.3 et II.4. du Code de droit économique :

« Art. II.3. Chacun est libre d'exercer l'activité économique de son choix. Art. II.4. La liberté d'entreprendre s'exerce dans le respect des traités internationaux en vigueur en Belgique, du cadre normatif général de l'union économique et de l'unité monétaire tel qu'établi par ou en vertu des traités internationaux et de la loi, ainsi que des lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs et des dispositions impératives. »

Plus particulièrement il n'y a aucune justification pertinente ni fondée permettant une telle restriction au vu d'un prétendu but légal à protéger.

Nous vous prions de supprimer cette restriction.

FR Posté le 08/03/2024 19:33 CET

Et :

Page 22-23 – II.9.2.2. Aptitude

Il est prévu que le soumissionnaire doit être titulaire d'une licence octroyé par l'IBPT et qu'il nest pas possible de recourir aux capacités d'une entité tierce pour répondre à ce critère de sélection.

Nous vous invitons à supprimer cette dernière obligation dans le chef du soumissionnaire puisque cette obligation nous semble être en violation du droit de principe d'avoir recours aux capacités d'autres entités en vertu de l'article 78 de la loi sur les marchés publics du 17.06.2016.

FR Posté le 08/03/2024 19:34 CET

Et enfin :

Page 28 III.6.1., p 28 III.7.1, p 29 III.8.4, p 34 III.13.1, p 35 III.13.3., p 43 IV.4.2.

A plusieurs reprises le CdC prévoit l'utilisation d'une machine à affranchir avec recharge à distance. Etant donné que la législation belge prévoit l'équivalence des quatre différentes techniques pour représenter une valeur d'affranchissement (timbres-poste adhésifs et imprimés; empreintes de machines à affranchir; affranchissement en numéraire, nommé " Port Payé "; port payé par le destinataire) (art. 22 AR 24.04.2014 – CdE, 2 mars 2021, n° 249.941), nous supposons que nous sommes en droit de vous proposer une technique équivalente puisque seul Bpost est en mesure de vous offrir la machine à affranchir ave recharge à distance.

Ce droit de proposer un produit/un service équivalent découle de l'article de 53 §4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics disposant que : « Les spécifications techniques ne peuvent pas faire mention d'une fabrication ou d'une provenance déterminée ou d'un procédé particulier qui caractérise les produits ou les services fournis par un opérateur économique spécifique, ni faire référence à une marque, à un brevet ou à un type, à une origine ou à une production déterminée qui auraient pour effet de favoriser ou d'éliminer certaines entreprises ou certains produits ». « En cas de non-respect par le pouvoir adjudicateur des obligations visées au présent paragraphe, le soumissionnaire peut présenter un produit ou un service équivalent. »

Pouvez-vous nous confirmer ceci ?

FR

Posté le 08/03/2024 19:35 CET

5. La partie adverse répond respectivement comme suit le, 11 mars 2024, aux deux premières questions :

En ce qui concerne la partie de votre question relative au recours aux capacités d'entité(s) tierce

(s), nous nous référons à l'article 150 de la loi du 17 juin 2016 (et non à l'article 78 de cette loi, applicable aux marchés passés dans les secteurs classiques). L'alinéa 2 de cette disposition prévoit que

"Lorsque les règles et les critères objectifs d'exclusion et de sélection des candidats et des soumissionnaires, comportent des exigences relatives à la capacité économique et financière de l'opérateur économique, ou à ses capacités techniques et professionnelles, celui-ci peut également, si nécessaire et pour un marché particulier, faire valoir les capacités d'autres entités". La disposition ne s'applique par pour répondre à un critère de sélection relatif à l'aptitude du soumissionnaire. Nous

n'apercevons donc pas de violation de l'article 150 de la loi du 17 juin 2016. Nous ajoutons que l'opérateur économique qui souhaite déposer une offre mais ne dispose pas de la licence de l'IBPT peut constituer un groupement d'opérateurs économiques avec (au moins) un autre opérateur économique titulaire de la licence.

En ce qui concerne la partie de votre question relative à la sous-traitance : le cahier des charges

ne limite nullement la sous-traitance aux envois à l'étranger. Le point II.6.1 indique : "notamment (mais pas exclusivement) pour assurer l'acheminement des envois à l'étranger" et le point III.16 : "notamment pour l'acheminement des envois à l'étranger".

FR

Publié le 11/03/2024 14:55 CET

Et :

En ce qui concerne le recours aux capacités d'entité(s) tierce(s), nous nous référons à l'article 150 de la loi du 17 juin 2016 (et non à l'article 78 de cette loi, applicable aux marchés passés dans les secteurs classiques). L'alinéa 2 de cette disposition prévoit que *"Lorsque les règles et les critères objectifs d'exclusion et de sélection des candidats et des soumissionnaires, comportent des exigences relatives à la capacité économique et financière de l'opérateur économique, ou à ses capacités techniques et professionnelles, celui-ci peut également, si nécessaire et pour un marché particulier, faire valoir les capacités d'autres entités"*. La disposition ne s'applique par pour répondre à un critère de sélection relatif à l'aptitude du soumissionnaire. Nous n'apercevons donc pas de violation de l'article 150 de la loi du 17 juin 2016. Nous ajoutons que l'opérateur économique qui souhaite déposer une offre mais ne dispose pas de la licence de l'IBPT peut constituer un groupement d'opérateurs économiques avec (au moins) un autre opérateur économique titulaire de la licence.

FR

Publié le 11/03/2024 14:55 CET

Elle répond comme suit à la troisième question, le 12 mars 2024 :

La mention de la marchine à affranchir relève d'une description de l'existant. Le soumissionnaire qui souhaite proposer une solution équivalente doit fournir dans son offre la démonstration de l'équivalence (C.J.U.E., arrêt n° C-14/17 du 12 juillet 2018)

FR

Publié le 12/03/2024 16:50 CET

6. La requérante indique, dans sa demande de suspension d'extrême urgence, avoir introduit une offre dans le cadre de cette procédure d'attribution.

IV. Recevabilité

IV.1. Thèses des parties

A. Thèse de la requérante

La requérante expose avoir introduit sa demande de suspension selon la procédure d'extrême urgence « dans un délai de 15 jours suivant la date de publication des réponses aux questions sur le forum ». Son recours serait dès lors « introduit en temps utile et recevable ».

A l'audience, la requérante ajoute que la réponse à ses questions relatives au cahier des charges était nécessaire pour connaître « la portée définitive du cahier des charges ». C'est dès lors à son estime à partir de la publication de ces réponses qu'elle aurait été en mesure de décider de l'opportunité d'introduire un recours.

B. Thèse de la partie adverse

La partie adverse rappelle les textes des articles 15 et 23 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. Se référant à ces deux textes, elle relève que la demande de suspension selon la procédure d'extrême urgence doit être introduite dans les quinze jours à dater de la publication, de la communication ou de la prise de connaissance de l'acte attaqué.

En l'occurrence, elle affirme que l'acte attaqué « est le cahier spécial des charges régissant le marché public de services postaux adopté par le conseil d'administration de la partie adverse en date du 13 février 2024 et publié en date du 21 février 2024 ». C'est selon elle à cette date que « les opérateurs économiques, parmi lesquels figure la partie requérante, ont pu prendre connaissance du cahier spécial des charges ». La requérante avait, en tout état de cause, connaissance de ce document le 8 mars 2024, date à laquelle elle a posé des questions sur le forum.

Selon elle, le délai de 15 jours a donc commencé à courir le 21 février 2024 ou, à tout le moins, le 8 mars 2024 pour expirer le 7 mars 2024 ou, à tout le moins, le 23 mars 2024. La requête ayant été introduite le 25 mars 2024, elle serait en toute hypothèse irrecevable *ratione temporis*.

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 23, § 1^{er}, 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, énonce que « les recours sont, à peine d'irrecevabilité, introduits dans les délais visés aux §§ 2 à 4, 5, alinéa 1^{er}, et 6, à compter de la publication, de la communication ou de la prise de connaissance de l'acte, selon le cas ».

Le paragraphe 3 de la même disposition prévoit que « la demande en suspension visée à l'article 15 est introduite dans un délai de quinze jours ».

La requérante conteste la décision de l'entité adjudicatrice approuvant le cahier des charges.

La décision d'un pouvoir adjudicateur approuvant un cahier spécial des charges ne doit être ni communiquée, ni publiée. Dans une telle hypothèse, le délai d'introduction du recours débute au moment où la partie requérante peut, en étant normalement diligente et prudente, en acquérir une connaissance effective.

L'article 64, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics impose au pouvoir adjudicateur d'offrir « par moyen électronique, un accès gratuit,

sans restriction, complet et direct aux documents du marché à partir de la date de publication d'un avis de marché », le texte de l'avis devant à cet égard préciser « l'adresse internet à laquelle les documents du marché sont accessibles ».

Conformément à ce dernier article, la partie adverse a inséré, dans les avis de marché publiés le 21 février 2024 au bulletin des adjudications et au JOUE, un hyperlien permettant aux opérateurs économiques intéressés de télécharger directement et sans restriction l'ensemble documents du marché.

La requérante n'a pas allégué, lors de ses contacts avec l'entité adjudicatrice *via* le forum *publicprocurement.be* ou dans ses écrits de procédure, que l'hyperlien en question était inopérant.

La publication de l'avis de marché contenant un lien rendant accessibles les documents du marché a pour effet d'informer les opérateurs économiques de l'existence de ces documents et de les amener à présumer l'existence d'une décision administrative les approuvant. Elle leur permet en outre de prendre une connaissance effective des documents du marché le jour même de cette publication, et d'envisager l'introduction d'un éventuel recours contre ceux-ci. Même si la requérante n'a pu examiner la décision d'approbation proprement dite sous tous ses aspects de légalité, elle a – à tout le moins – pu avoir connaissance des conditions du marché fixées par le cahier des charges ainsi adopté.

Il n'appartient pas aux opérateurs économiques, qui sont réputés prendre connaissance d'un avis de marché à la date de sa publication, et qui doivent agir avec diligence, de différer la prise de connaissance des documents qui définissent les conditions d'un marché qui les intéresse, en particulier s'ils sont directement disponibles, sans aucune restriction.

En l'occurrence, il peut être considéré que la requérante a pris connaissance de l'existence d'une décision approuvant le cahier des charges et du cahier des charges lui-même le 21 février 2024, date de la publication de l'avis de marché.

L'argument de la requérante selon laquelle son délai de recours n'a pu débuter que le 12 mars 2024, moment où la partie adverse a publié, sur le forum de la plateforme *publicprocurement.be*, la réponse aux questions qu'elle a posées le 8 mars 2023, ne peut être suivi.

D'une part, le délai de recours imposé par l'article 23, § 3, de la loi du 17 juin 2013 précitée débute au moment de la publication, de la communication ou

de la prise de connaissance de l'acte que la partie requérante entend contester devant l'instance de recours. Le recours de la requérante a, en l'occurrence, pour objet la décision approuvant le cahier spécial des charges, et non les précisions apportées – à sa demande – par le pouvoir adjudicateur sur le forum de la plateforme *publicprocurement.be* au sujet de ce document.

D'autre part, le délai de recours débute au moment de la prise de connaissance suffisamment effective d'un acte, et non au moment où la requérante acquiert, selon ses propres affirmations, la conviction de son irrégularité.

Il peut être considéré que la connaissance suffisante de la décision approuvant le cahier des charges est intervenue le 21 février 2024. À défaut de toute explication permettant de justifier une prise de connaissance plus tardive de ces actes, c'est à cette date qu'a débuté le délai de recours en suspension visé par l'article 23, § 3, de la loi du 17 juin 2013.

La demande de suspension selon la procédure d'extrême urgence a été déposée sur la plateforme électronique du Conseil d'État le 25 mars 2024, soit – en appliquant les règles de computation des délais imposées par le règlement (CEE, EURATOM) n° 1182/71 du conseil du 3 juin 1971 portant détermination des règles applicables aux délais, aux dates et aux termes – 33 jours après ladite publication.

Le recours est tardif et, partant, irrecevable.

V. Confidentialité

La partie adverse indique ne pas déposer les offres à ce stade, celles-ci n'étant pas utiles à l'examen des moyens dirigés contre l'acte attaqué. Elle sollicite toutefois, si d'autres parties au litige déposaient des offres à l'appui de leur argumentation, que celles-ci soient maintenues confidentielles.

La requérante n'a pas déposé son offre. Elle ne sollicite par ailleurs pas la confidentialité pour les pièces qu'elle dépose.

Il n'y a dès lors pas lieu de statuer sur la confidentialité de certaines pièces.

VI. Indemnité de procédure

La partie adverse sollicite une indemnité de procédure de 770 euros. Il y a lieu de faire droit à sa demande.

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

Article 1^{er}.

La demande est rejetée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

La partie requérante supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 24 euros et l'indemnité de procédure de 770 euros accordée à la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles le 19 avril 2024, par la VI^e chambre du Conseil d'État siégeant en référé, composée de :

Xavier Close,
Vincent Durieux,

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

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

Xavier Close